

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Concentración de empresas y defensa de la competencia :  
(las fusiones ante el derecho "antitrust")**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Mariano Daranas Pelaez**

DIRECTOR:

**Jesús Rubio García-Mina**

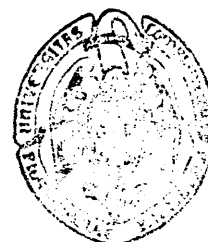
**Madrid, 2015**

CONCENTRACION DE EMPRESAS

y

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(Las fusiones ante el derecho antitrust)



Tesis doctoral que presenta el Licenciado d o n  
MARIANO DARANAS PELAEZ bajo la dirección del Ca-  
tedrático Excmo. Sr. D. JESUS RUBIO GARCIA-MINA.

MADRID, febrero 1972





## INTRODUCCION

# LA CONCENTRACION FRENTE AL ORDEN PUBLICO ECONOMICO



## 1.- Sociedad contemporánea: colosalismo más integración.

Vivimos una época de gigantismo desbordante, acompañado de manifestaciones de concentración tentacular y absorbente, en todos los órdenes de la vida en común. Los fenómenos y estructuras políticas, administrativas y económicas de nuestros días parecen inspirarse en el doble culto de la dimensión y la asociación. Por una parte, masa, cantidad, volumen; por otra, entramado, agrupamiento, a menudo fusión total: he aquí las dos coordenadas cartesianas en el esquema orgánico de las sociedades de hoy.

Observamos en el orden económico cómo el sistema de libre empresa (o, como decía ALFRED MARSHALL, de "libertad económica") parteado de consuno por la Revolución Industrial y la Revolución liberal, sobre la abolición de los antiguos gremios y corporaciones y de los reglamentos administrativos del comercio, con prohibición absoluta de sindicación o concierto, y recelo a toda idea de agrupamiento, se imaginaba en principio por sus propagandistas como una constelación de numerosos y pequeños oferentes y demandantes, todos iguales e incapaces de influir aisladamente en el equilibrio general del mercado, erigido en árbitro impersonal e inapelable del juego. Sin embargo, la propia dinámica de la innovación tecnológica, con sus exigencias aumentativas de abundantes capitales, y el funcionamiento mismo de la libertad de tratos y cambios, que lógicamente implicaba también libertad de asociación, terminaron provocando dos procesos simultáneos y en parte recíprocos: por un lado, la aparición de crecientes desigualdades de tamaño y poder financiero entre las empresas, por diferencias en la capacidad de adaptarse a las nuevas condiciones de producción y a la evolución de la demanda; por otro lado, una serie de fenómenos de concentración asociativa u orgánica, unas veces determinados fatalmente por

seo de seguridad, por el afán de lucro o por ambición de poder económico. Surgieron así unidades industriales y financieras que, primero en el ámbito nacional, más tarde a escala mundial, podían influir y de hecho influían, gracias a su "posición dominante del mercado" (término de la economía de hoy), en las magnitudes fundamentales de las transacciones, o sea, precio y can- tidad, así como sobre las posibilidades efectivas de acceso de nuevos competidores.

En resumen, a partir del esquema originario de un equilibrio automático y estable de libre competencia entre multitud de oferentes y demandantes, trasunto de las mónadas leibnizianas y de la mecánica newtoniana, se ha desembocado en el equilibrio inestable, arbitrario e incierto de unos cuantos cíclopes, que son los grupos de la industria y de las finanzas internacionales, entre una multitud abigarrada de hombres y aun de enanos - las empresas de talla mediana o pequeña, con alternativas dramáticas de lucha abierta y colusión declarada, de rivalidad latente y entendimiento tácito, sin que por eso la divisa de li- bertad de empresa y de competencia haya dejado de campear en el frontispicio de la economía de mercado, transformada hoy en el llamado sistema capitalista.

## 2.- Problema de política económica: regular la concentración.

Ante todo, sin compartir en absoluto ciertos planteamientos críticos de muy diversa filiación ideológica, en los cuales se amalgaman sorprendentemente el marxismo y algunos sectores del neoliberalismo, que predicen el derrumbamiento in- minente y catastrófico del sistema capitalista, devorado por el cáncer incurable de sus grupos monopolísticos, considérese que a todas las naciones más o menos adscritas al principio de libre empresa y de propiedad privada de los medios de producción, se les plantea, con tanto más apremio cuanto mayor sea su grado de desarrollo, el problema de vigilar y contener den

tro de límites asequibles el crecimiento de ciertos núcleos industriales y financieros, así como la necesidad de controlar las relaciones orgánicas o tácticas, a menudo confidenciales o clandestinas, entre esos núcleos, no sólo dentro del Estado nacional, sino, sobre todo, en sus conexiones de fronteras afuera.

Se trata concretamente, desde la perspectiva del Estado contemporáneo, planificador, o cuando menos vigilante, del juego de las fuerzas económicas, de conjurar un doble peligro: primero, que empresas gigantes o complejos interempresariales dominen, por su envergadura o por sus recursos o apoyos financieros, el mercado de sectores básicos y vitales y, al no estar expuestos a una competencia efectiva, abusen de su poder de negociación para imponer a los consumidores o usuarios de sus productos o servicios condiciones lesivas que no se concebirían en régimen competitivo; segundo, que los colosos de la industria, del comercio o de las finanzas se erijan en super-Estados internacionales (como la United Fruit respecto a las "Repúblicas plataneras" de Centroamérica; los grandes consorcios petrolíferos en Oriente Medio, o l'Union Minière du Haut-Katanga en Africa Central), o simplemente en Estados dentro del Estado, influyendo en los Poderes públicos para obtener ventajas y privilegios contrarios al interés de la economía nacional.

### 3.- Disciplina jurídica de la concentración: un derecho especial.

A los dos objetivos expuestos, especialmente el primero, ha respondido el derecho con una legislación de "orden público económico", contra las restricciones colusorias de la competencia y los abusos de monopolio o de situación dominante del mercado -a veces también contra el hecho mismo del monopolio o del dominio virtual de un mercado-, en casi todas las naciones industriales de Occidente; familiarmente se llama anti-trust a esta nueva rama del ordenamiento jurídico, en homenaje de los textos norteamericanos finiseculares, los más anti-

existen.

Adelantemos que hay dos clases de sistemas legislativos anti-trust: primero, los que prescriben directamente las operaciones de integración a partir de cierta envergadura, incluso el simple crecimiento vegetativo de la empresa cuando conduce a una situación de monopolio, aunque no se demuestre abuso alguno (caso de los Estados Unidos y de países que han tomado como referencia, por diversas razones, el modelo norteamericano: Canadá, y hasta cierto punto, Japón y Gran Bretaña); segundo, los que no prohíben el monopolio como hecho ni las operaciones concentradoras (si bien las someten a ciertos requisitos de inscripción registral y de publicidad), sino el abuso determinado que se pueda hacer de una "posición de dominio del mercado" (la mayoría de los ordenamientos de la Europa Occidental, entre ellos el español). El segundo grupo está en franca mayoría, pero últimamente van ganando predicamento las tendencias de opinión favorables al primer sistema, o sea el de prohibición in radice (sin que esto prejuzgue el futuro previsible ni nuestra posición sobre el valor de entrambos principios). La doctrina jurídica alemana ha forjado dos expresiones para designar las dos clases de ordenamiento expuestas: las "Verbotsgesetze", es decir "las leyes prohibitivas", que proscriben el hecho mismo del monopolio, y las "Missbrauchsgesetze", o sea, "leyes de abuso", limitadas a sancionar los actos de prepotencia basados en el dominio del mercado (1).

Lo decisivo para nuestro estudio es que, en nombre del "orden público económico" se ha llegado en las democracias industriales de Occidente, a pesar de los fundamentos liberales

---

(1) Distinción desarrollada también, aunque sin aludir a estos términos, por el Profesor don JOAQUIN GARRIGUES en un ciclo de conferencias pronunciadas en Madrid el año 1.963, recién promulgada la Ley de 20 de julio de 1.963, sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y editadas por la Sociedad de Estudios y Publicaciones en 1.964, con el título "La defensa de la Competencia mercantil". Pág. 41.

en que ideológicamente se asientan, al convencimiento de que el Estado debe limitar la libertad de crecimiento o, por lo menos, el fenómeno de coalición de los grupos y complejos de poder económico, aunque sea a costa de restringir la libertad formal y constitucional de contratar y asociarse (2), para corregir abusos y desigualdades que no se compensan automáticamente por el juego de la competencia, como creían los economistas clásicos.

El Estado ya no se contenta con ser árbitro inmóvil y cenital, preocupado únicamente de establecer, mediante un Código de Comercio y unas leyes de sociedades mercantiles, el marco formal de funcionamiento de los sujetos del mercado. Antes se fijaban las reglas del juego, dándose por supuesto el equilibrio automático de fuerzas; hoy se interviene en los incidentes del juego, precisamente porque no suele darse el equilibrio, para eliminar desigualdades susceptibles de provocar el abuso o el monopolio absoluto. Antes se concedía de antemano, con un mínimo de requisitos, toda la libertad posible de movimiento a las relaciones privadas, porque se creía en la igualdad como estado natural y tendencia espontánea; hoy se disciplina con severos y minuciosos reglamentos esa libertad, porque se considera la desigualdad como resultado normal de las transacciones.

#### 4.- Orígenes históricos del problema.

a) Los comienzos del maquinismo.- Convendría resumir cómo del sistema concebido por la Revolución Industrial y el liberalismo individualista se ha pasado en menos de dos siglos (si se nos apura, en bastante menos de siglo y medio) a las frondosas organizaciones horizontales, verticales e intersectoriales que conocemos en la actualidad.

Puede situarse el punto de partida, con bastante

---

(2) GARRIGUES, ibidem (pág. 14): "En las leyes especiales sobre restricción de la competencia... se utiliza la restricción legal para impedir las restricciones contractuales. Se defiende la libertad limitando la libertad".



aproximación, en el último tercio del siglo XVIII. En 1776 publica ADAM SMITH, profesor de Filosofía Moral de la Universidad de Glasgow, después de un viaje por Francia en el que frecuentó a los fisiócratas, el Ensayo sobre la Riqueza de las Naciones, que hoy se reconoce comúnmente como la piedra fundacional de la escuela clásica y, en cierto modo también, de la Ciencia Económica Moderna. En él postula el patriarca de la economía liberal el sistema de competencia como orden perfecto, criticando acerbamente los grandes monopolios que aún subsistían, o sea, las Compañías Reales de Navegación y comercio con las Indias Occidentales y Orientales, aunque se hallaran en plena decadencia.

Del planteamiento smithiano se deduce, sin lugar a dudas, la preferencia incondicional por un esquema de múltiples empresas pequeñas, virtualmente iguales, que compiten con entera autonomía en el mercado, frente a una multitud, asimismo atomizada e inorgánica, de demandantes. Esta hipótesis adquirió desarrollo y precisión a lo largo de la primera mitad del siglo XIX por el pensamiento de grandes economistas de la escuela liberal (ROBERT MALTHUS, DAVID RICARDO, JOHN STUART MILL, JUAN BAUTISTA SAY, etc.), hasta cristalizar en lo que todos los manuales modernos llaman "modelo de competencia perfecta", cuyos postulados suelen resumirse así: 1) gran número de oferentes y demandantes, de los cuales ninguno tiene dimensión ni potencia bastante para influir sobre la cantidad o el precio; 2) homogeneidad del producto, de tal modo que no hay razón objetiva para preferir el producto de una empresa al de otra; 3) plena posibilidad de poliopolio, o sea, albedrío completo de acceso al mercado, como oferente o como demandante; 4) perfecta transparencia del mercado, en el sentido de que todos los participantes tienen conocimiento exacto de los datos fundamentales, especialmente del precio, y, por último, 5) movilidad perfecta de los factores de producción, sobre todo del capital y de la mano de

obra, entre las diferentes industrias y ramas de la producción(3). Ahora bien, lo esencial del pensamiento clásico era su fe en la eficacia absoluta del mercado como regulador automático e impersonal de las tensiones entre los intereses contrapuestos de sus numerosos participantes. El productor, escribe ADAM SMITH en un pasaje que pronto se vulgarizó, "no busca más que su propio beneficio ..., pero en este caso como en muchos otros, conducido por una mano invisible, tiende a promover un objetivo que no estaba en sus intenciones". El autor de "La riqueza de las naciones" y los clásicos en general profesaban una desconfianza transida de individualismo burgués y de iusnaturalismo racionalista a toda intervención del Estado en la vida mercantil y económica. El Poder público tenía, para ellos, la única misión de establecer el marco de reglas del juego. Esta era la condición necesaria y suficiente para el buen funcionamiento del mercado.

Hasta cierto punto -sólo hasta cierto punto- el modelo teórico de competencia perfecta correspondió a una realidad económica, concretamente a la Inglaterra de fines del siglo XVIII y, sobre todo, del primer tercio del XIX, adelantada del capitalismo industrial moderno, con unos cuarenta años de ventaja sobre Europa continental y América del Norte. Era la época en que, liquidada la estructura gremial y corporativa, con su hiedra viciosa de reglamentos restrictivos; desacreditados profundamente los monopolios reales, y con ellos toda idea de intervención estatal o de concesión pública de privilegios en la vida mercantil, despuntaba la manufactura fabril al socaire de la Revolución Industrial (más bien una "rápida e irresistible evolución", según la sagaz calificación del historiador de la economía Sir WILLIAM ASHLEY), que introdujo el maquinismo en las técnicas productivas. En efecto, ya en 1.769 patentaba WATT la máquina de vapor y por la misma época se sucedían en Inglaterra los "cuatro grandes inventos": 1.767, la carda de cilindros o "spinning jenny", de HAR-

---

(3) RAYMOND BARRE, Economía Política, Tomo I, página 408. Ediciones Ariel, Barcelona, 1.958.

GREAVES; 1.768, la hiladora continua, de ARKWRIGHT; 1.775, la "mule-jenny" o "spinning-mule", combinación de las dos anteriores, de CROMPTON, y, por último, y sobre todo, 1.784, el telar mecánico de CARTWRIGHT.

Como demostró HERMANN LEVY en un profundo estudio sobre el desarrollo industrial de Inglaterra y Alemania (4), la irrupción de la máquina en una economía hasta entonces prácticamente artesanal fue el factor que trajo inopinadamente un clima nuevo de competencia, literalmente desconocido, entre fábricas y talleres, y más tarde entre plantas industriales ya desembarazadas de los vestigios de la antigua artesanía, desbaratando así una serie de rancios y numerosos monopolios locales (contra la opinión muy divulgada de que al principio o tradicionalmente había predominado la competencia como forma normal del mercado). LEVY cita como uno de los factores que más impulsaron, a partir del primer tercio del siglo XIX, este proceso competitivo, el desarrollo del ferrocarril que, al abaratar los transportes a larga distancia, hizo saltar en añicos, uno tras otro, esos monopolios locales más o menos asentados en cómodas "rentas de situación".

Se ha dicho exageradamente, y no sin injusticia, que apenas tuvo vigencia real el sistema de libre competencia preconizado por los clásicos. Así, afirma SAMUELSON (5) que "un cí-nico podría decir de la libre competencia lo que BERNARD SHAW en cierta ocasión del cristianismo: que su único defecto consiste en que nunca ha sido puesto en práctica. Jamás ha existido un siglo de oro de la libre competencia". Sin embargo, la historia enseña que durante la primera mitad del siglo XIX y bien entrada la segunda, reinaba un ambiente de fuerte competencia entre las grandes manufacturas, así como entre éstas y las pequeñas, de lo cual son prueba no sólo las frecuentes crisis y

(4) HERMANN LEVY, The new industrial system, edics. Routledge, Londres, 1.936, citado por PAOLO SYLOS-LABINI, Oligopolio y progreso técnico, pág. 15. Edics. Oikos-tau, Barcelona, 1.965.

(5) Curso de Economía moderna, pág. 39. Edit. Aguilar, Madrid, 1.961.

RI SEE, de que los magnates del tejido (la primera industria que empezó a funcionar en régimen técnico y económicamente capitalista) intentasen montar su propia organización comercial. Los historiadores de la economía suelen distinguir, en efecto, un período que cubre aproximadamente desde fines del primer tercio hasta la penúltima década del siglo pasado (o sea, más o menos, desde 1.835, fecha inicial de la construcción de ferrocarriles en gran escala, hasta 1.880, en que empezó a implantarse el proteccionismo aduanero, acompañado por los primeros reglamentos e intervenciones del Estado en los servicios públicos) como la era de la competencia, aunque nunca, desde luego, en el grado de pureza absoluta que habían imaginado los economistas liberales.

b) La evolución concentradora de la industria moderna.

Ahora bien, lo que sí se puede afirmar es que desde muy pronto quedó en evidencia la inadaptación de los esquemas de competencia pura a la realidad del tráfico mercantil.

Ni la movilidad de los factores de producción era perfecta (en especial, por lo que se refiere a la mano de obra), ni la transparencia del mercado era la regla general o supuesto normal, sino más bien lo menos frecuente, ni los productos totalmente homogéneos, si bien en los primeros tiempos del maquinismo había poca variedad. Por otra parte, el modelo era absolutamente estático, es decir, no tenía en cuenta para nada el transcurso del tiempo. Como señala RAYMOND BARRE (6), "el concepto clásico de competencia olvida el elemento temporal y confunde una situación de competencia realizada, con un proceso de competencia. Analiza el estado de ajuste de los datos y las variables, pero no la forma a través de la cual se realiza ese ajuste."

De todos modos, aun siendo digno de relieve, lo que

---

(6) Economía Política, tomo II, pág. 413.

antecede no fue el factor decisivo en las condiciones de desarrollo de la naciente economía capitalista. Lo que verdaderamente imprimió rumbo nuevo fue el proceso mismo de innovación tecnológica, o sea, de modo paradójico, la misma fuerza que al principio había hecho irrupción un vapor de agua en la atmósfera enrarecida de miles de monopolios locales y antiguos. Los sucesivos inventos y aplicaciones (a partir de 1.850, la llamada Segunda Revolución Industrial), especialmente el aprovechamiento de la energía eléctrica, hicieron posible la producción, no ya mecánica, como hasta entonces, sino en grandes series. Ahora bien, pronto se advirtió que el empleo de estas técnicas sólo era rentable a partir de cierta escala, de un umbral determinado de producción. Por otra parte, las inversiones iniciales, los gastos de primer establecimiento necesarios para introducir los nuevos procedimientos, aumentaban continuamente. Pronto dejó, pues, de cumplirse unas de las condiciones o presupuestos del modelo de competencia perfecta: a saber, la posibilidad teóricamente ilimitada de oligopolio por el lado de la oferta. El acceso al mercado sólo era posible para quienes dispusieran de un capital más o menos considerable.

Todo el siglo XIX fue un proceso lento, si bien a ritmo creciente, de incremento del tamaño medio de la empresa dentro de cada sector industrial. Simultáneamente se perfilaba una tendencia distinta, pero en el fondo conexa: el agrupamiento y amalgama de empresas (ambos fenómenos han recibido, sin demasiado esfuerzo de exactitud terminológica por parte de los economistas, el nombre de concentración). En lo que caben matices y distinguos es en cronología y delimitación de las fases del proceso. Así, HERMANN LEVY (7) sitúa en el penúltimo decenio del siglo, o sea entre 1.880 y 1.890, el comienzo de la potente ola de concentraciones empresariales, a

---

(7) Citado por PAOLO SYLOS-LABINI, Oligopolio y progreso técnico, página 15.

nada por los progresos revolucionarios en los medios de transporte y comunicación ..." (8). Sin embargo, está claro, por los datos de que disponemos, en parte los que ofrece el propio LEVY, que el proceso tuvo sus orígenes bastante antes y que ya se vislumbraba hacia la década 1.840-1.850. Algunos historiadores, como J. CLAPHAM (An economic History of modern England, vol. III: Machines and national rivalries, Cambridge 1.951, capít. IV) y H. U. FAULKNER (American Economic History, 6ª edición, Harper, Nueva York, 1.949) han creído, incluso, apreciar las primeras manifestaciones importantes en la década 1.830-1.840 para Inglaterra y los Estados Unidos, respectivamente. (9). Podemos, en todo caso, afirmar con HENRI SEE (10) que hacia 1.850 ya desempeñaba papel preponderante en Inglaterra la gran industria capitalista (en Francia y Alemania, en cambio, esto no se produjo hasta fines, o poco menos, del siglo XIX): "De 1.815 a 1.850 triunfa verdaderamente en Inglaterra la organización capitalista de la industria".

c) La sociedad anónima, molde y motor institucional del gran capitalismo.-

Llegados a este punto, detengámonos en un resumen económico que nos ha suministrado la materia prima de nuestro estudio, para volver la mirada a las instituciones jurídicas que, a la vez, hicieron posible y fomentaron el desarrollo de la empresa capitalista, dándole forma orgánica y estatuto legal. En este sentido, se advierte una correlación inmediata y absoluta entre dos fenómenos: la concentración y la sociedad anónima. En efecto, como señalan todos los tratados de Historia de la Economía y del Derecho Mercantil, el símbolo organizativo del capitalismo fue y sigue siendo la gran sociedad anónima, llamada "corporation" por los americanos. Citemos de nuevo a

---

(8) Ibidem..

(9) PAOLO SYLOS-LABINI, op. cit., página 117.

(10) Orígenes del capitalismo moderno, pág. 113.

HENRI SEE (11): "La concentración capitalista se manifestó en la creación de innumerables sociedades anónimas. Más de 600 compañías de seguros, abastecimiento de agua, minas, gas, canales, puertos, fomento y ferrocarriles, fueron fundadas a partir de 1.822. Representaban un capital de 500 millones de libras esterlinas. Los bancos privados pierden terreno y las sociedades bancarias aumentan ..." El pasaje sólo se refiere a Inglaterra, pero es aplicable mutatis mutandi al resto de Europa Occidental. (Así, por ejemplo, los grupos financieros belgas, con la Société Générale a la cabeza, empezaron a constituirse en el primer tercio del siglo pasado en forma ya de capital accionario).

A efectos puramente expositivos, recordemos los aspectos básicos de la institución. Caracterizada en los diversos sistemas legislativos por una serie de notas especiales, singularmente, como señala JESUS RUBIO (12), indiferencia sobre la identidad personal de los partícipes y separación entre el patrimonio de la sociedad y patrimonio del socio, que lleva aparejada la limitación de la responsabilidad de éste, la sociedad anónima ha sido objeto de numerosísimas definiciones que sólo difieren en la terminología e importancia relativa asignada a sus diversos elementos. Transcribimos aquí, por su plasticidad, la de JOAQUIN GARRIGUES (13): "Sociedad capitalista que, teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales". El concepto comprende tres notas: primera, la de compañía capitalista (por oposición a las personalistas, cuyo prototipo es la sociedad regular colectiva), donde lo único que cuenta en principio es la aportación económica del socio, y no su identidad, lo que, a su vez, implica tres cosas:

---

(11) Op. cit., página 113.

(12) Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, página 4. Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1.964, página 4.

(13) Curso de Derecho Mercantil, tomo I, página 310. Madrid, 1.962, cuarta edición.

1) división del capital en títulos llamados acciones y representativos de partes alícuotas, incorporadas en un documento -la acción- fácilmente transmisible; 2) carácter apersonal de la entidad, o sea, perfecta fungibilidad del socio; 3) participación en los derechos sociales estrictamente proporcionada a la participación en el capital; segunda nota, limitación de la responsabilidad del socio al importe de su acción, de tal forma que el capital de la sociedad, debidamente inscrito y publicado, es la cifra máxima de garantía para los acreedores, y tercera, sociedad regida democráticamente, o sea, sobre la base de igualdad de derechos y régimen de mayorías. Para los efectos del proceso de concentración, las más importantes son las dos primeras características, pues ellas son las que más han facilitado la transferencia y reunión de capitales.

Es significativo que ya los dos antecedentes remotos e indirectos de la sociedad por acciones, concretamente los "montes" o "maone" italianos y las organizaciones navieras germánicas (Reedereien) de la Baja Edad Media, surgieran como forma jurídica de los primeros negocios de envergadura que conoció Europa, considerados hoy como vagidos del capitalismo comercial y financiero. "Ambas instituciones -señala JESUS RUBIO- coinciden en un propósito fundamental: intentar resolver el aumento insoportable de riesgos de la empresa capitalista naciente, que adquiere un volumen de costos ... hasta entonces desconocido, atenuándolo por medio del reparto entre gran número de interesados y estableciendo un tope a la responsabilidad de estos participantes ..." (14). Lo mismo cabe decir, con mayor razón aún, de las Compañías Reales de Comercio y Navegación que se fundaron en casi todos los Estados de Europa Occidental para el tráfico con las Indias, con el régimen de privilegio regaliano propio del mercantilismo (la primera de ellas fue la inglesa East Indies Company que, fundada en 1.600, no fue formalmente di-



XVIII estaba muy desacreditada y virtualmente en liquidación), y desaparecieron al caer la Monarquía absoluta.

En el siglo XIX, con el movimiento codificador del derecho, que trata, en nombre de la razón pura y la seguridad jurídica del ciudadano frente al Estado, de refundir en leyes sistemáticas todos los sectores o facetas principales de la vida social, se perfila el concepto moderno de sociedad anónima o por acciones. Se formula inicialmente en el Código de Comercio francés de 1.807 el rasgo de limitación de responsabilidad del socio por el importe de las acciones, que no estaba claro ni patente en las antiguas Compañías reales (15), y se abandona el sistema del "Octroi" u otorgamiento real, que cede paso al de la "autorización administrativa", concedida en todo caso por Reglamento y revocable "ad nutum" en cualquier momento. De todos modos, se había franqueado una etapa en sentido liberal, pues el acto de permiso ya no se inspiraba en consideraciones de política económica, sino en exigencias privatistas de solvencia y moralidad para garantía de acreedores y socios. Aun así, al principio se concedían muy pocas autorizaciones de sociedades anónimas, en un clima de recelo, cuando no de hostilidad, por los escándalos y quiebras que suscitaban periódicamente especulaciones bursátiles desafortunadas o poco escrupulosas. Por otra parte, muchos veían en las grandes compañías el peligro de un poder económico excesivo que explotaría al pueblo y destruiría la libertad de tratos. En 1.838, el poeta romántico y diputado ALPHONSE DE LAMARTINE exclamaba en la tribuna de la Cámara: "La libertad es incompatible con la existencia de grandes compañías en el Estado... No, jamás un gobierno, jamás una nación, habrá constituido fuera de ella un poder económico de explotación, e incluso político, más invasor que el que vosotros vais a constituir al entregar vuestro suelo, vuestra administración y cinco o seis mil millones a

---

(15) JOAQUIN GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, I, pág. 305.

vuestras compañías" (16).

Sin embargo, la propia lógica del liberalismo político y económico, así como la presión creciente de los grupos financieros, tenían que acabar tarde o temprano con el procedimiento de autorización gubernativa, reliquia, hasta cierto punto, de la época absolutista y excepción a la regla de libertad para formar compañías mercantiles, y así se instauró en la segunda mitad de la centuria, sobre el modelo de la ley francesa de 24 de julio de 1.867 (artículo 21: "A l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement"), un nuevo sistema, el de "disposiciones normativas" con libertad completa de fundación dentro de ciertos requisitos formales, que es el que rige prácticamente en todo el mundo. El capitalismo industrial había logrado, por fin, su estatuto orgánico y su salvoconducto. Así lo comenta GEORGES RIPERT: "Sesenta años después del Código de Comercio, el capitalismo obtuvo el derecho a crear libremente sociedades anónimas... La Ley de 24 de julio de 1.867 ha quedado como la Carta Fundamental de las sociedades por acciones" (17).

Doble ha sido el papel histórico de la sociedad anónima: por una parte, el de un eficaz promotor de energías de iniciativa y empresa, al hacer posible la explotación de grandes negocios con capitales cuantiosos y un grado razonable de seguridad, limitando los riesgos financieros para los inversores; por otro, y este segundo aspecto es el que más importa a nuestro trabajo, el de un fuerte aglutinante, a veces absorbente y peligroso, de masas ingentes de capital con titularidad incierta y variable, sin control ni tutela de los Poderes públicos, sin más

---

(16) GEORGES RIPERT, Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, págs. 69 y 70. Edits. Bosch y Cia., Buenos Aires, 1.950. El pasaje transcrito corresponde al debate parlamentario sobre concesiones de ferrocarriles a poderosas sociedades directamente respaldadas por la Banca Rothschild.

(17) Traité élémentaire de droit commercial, 5ª edición, tomo I, página 472. Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1.963.

tido, CHARLES MAURRAS hablaba con razón del "gran capitalismo anónimo y vagabundo"). Hoy en día, el fenómeno ha cobrado tal magnitud y aceleración que no sólo los tratados de sociología, economía política o derecho anti-trust, sino los propios manuales de una rama tan típicamente privatista como el derecho mercantil, juzgan inexcusable aludir a la concentración como resultado estructural más espectacular del funcionamiento de la sociedad por acciones, y ya se publican monografías sobre la interrelación de entrambos procesos (18).

En su Curso de Derecho de Sociedades Anónimas resume así JESUS RUBIO el balance de algo más de cien años: "La sociedad anónima, como instrumento predilecto de la economía capitalista, ha cumplido al máximo las dos finalidades de ésta: la racionalización -el cálculo y la limitabilidad de pérdidas- y la objetivación como organismo en sí, como mecanismo productivo con vida propia desligado de todo elemento personal. Ello ha permitido movilizar los enormes recursos que exige la gran empresa moderna e incluso, en un cierto sentido, atenuar el feudalismo industrial mediante una amplia y racional partición de los medios de producción, y, por tanto, de la riqueza... Pero, por otro lado, son indudables los peligros de este tipo social, derivados principalmente de la disociación entre capital -propiedad en sentido económico- y control. Los grupos financieros manejan a su arbitrio y en su provecho negocios y caudales que no son suyos. La formación de trusts y cárteles, acentuando aquella disociación, facilita la actuación monopolística en el mercado... La concentración en cadena, concediendo a grupos teóricamente mayoritarios en las sociedades dominantes el poder sobre las dominadas, donde su participación de capital constituye una ínfima minoría. no sólo rompe el supuesto esencial del prin

---

(18) Por ejemplo, la tesis doctoral de CLAUDE CHAMPAUD: "Le pouvoir de concentration de la société par actions", premiada "cum laude" por la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Rennes. Edit. Sirey, París, 1.962.

cipio capitalista de la sociedad anónima, sino agudiza, en progresión geométricamente creciente, la disociación entre capital y control" (19).

Por su parte, CLAUDE CHAMPAUD distingue en la sociedad anónima, "desde un punto de vista puramente técnico", dos aspectos "concentracionistas": por una parte, la sociedad anónima realiza por sí misma concentraciones de empresas; por otra, suscita agrupamientos que sirven de marco a otras operaciones concentradoras (20). En el fondo, se trata, con distintas palabras, del mismo planteamiento.

Sin embargo, el derecho permaneció impasible durante muchos años frente al hecho socioeconómico de la concentración a través de las sociedades mercantiles, en obsequio al sacrosanto principio de libertad contractual y asociativa. Ahora bien, la evolución del sistema capitalista en poco menos de cuarenta años fue tan vertiginosa que a fines del siglo empezó el Estado a intervenir en la vida del tráfico para moderar un proceso que, si no se podía suprimir por obedecer a un desarrollo orgánico y vital, tampoco se podía permitir sin límites por lo que llevaba latente de cáncer devorador.

d) Profecía de MARX: la concentración, sino y tumba del capitalismo.

Como se recordará, decíamos que a mediados del siglo burgués y liberal, el capitalismo industrial parecía consolidarse en forma de empresas maquinistas. No sin desgarradores conflictos humanos en las relaciones entre patronos y obreros, no sin desesperados intentos de talleres y artesanos tradicionales de destruir las máquinas cuya competencia les arruinaba, el nuevo sistema avanzaba, no a toda vela, desterrada ya de la navegación, sino a todo vapor. La economía de mercado, joven y pujante, promovía una formidable eclosión de fuerzas produc-

---

(19) Páginas 25-26.

(20) Le pouvoir de concentration de la société par actions, página 12.

al que contribuyó, por otra parte, de modo decisivo, el triunfo de las ideas librecambistas, difundidas por ese magnífico agente de propaganda que fue RICHARD COBDEN, jefe de la escuela manchesteriana. Inglaterra, maestra en el arte de justificar y apoyar sus ambiciones nacionales en doctrinas pragmáticas formuladas con pretensión aparente de validez universal, se había convertido, gracias al principio del libre cambio, en el gran taller del mundo (the workshop of the world), comprando materias primas y vendiendo sus manufacturas. Verdaderamente, si VOLTAIRE, que un siglo antes tantas páginas de admiración había escrito en loor de la nación comerciante, hubiese resucitado en medio de la civilización fabril, habría caído en el optimismo bobalicón y desmesurado que tanto reprochaba a su propia criatura literaria, el doctor PANGLOSS: "Todo va muy bien en el mejor de los mundos posibles".

Sin embargo, precisamente en plena euforia del capitalismo competitivo, y por cierto en Londres, capital del comercio y la incipiente banca internacional, surgió una crítica científica y filosófica del sistema en su funcionamiento y en sus mismos principios. Su autor fue CARLOS MARX que, apoyándose en la observación de la economía inglesa, profetizó el hundimiento próximo e ineluctable de un capitalismo devorado con rapidez galopante por un proceso autofágico de concentración en un número cada vez menor de poseedores y correlativamente de ruina y proletarización de una masa cada día más numerosa de competidores desbancados. A continuación se resumen los puntos esenciales del planteamiento.

MARX parte de una observación oportuna y evidente: a causa de la doble tendencia del capitalismo al aumento del capital constante en relación con el variable, y al incremento de la parte fija e inmovilizada (edificios, máquinas) del capital constante en relación con la no fija (materias primas, semielaboradas y auxiliares), el tamaño medio de la unidad pro

ductiva va siendo cada vez mayor. Hasta aquí, nada realmente nuevo. Pero sobre esta base el autor del "Capital" (1.867) formula dos leyes de evolución económica: en primer lugar, según la ley de acumulación del capital, los poseedores de los medios productivos transforman en capital la mayor parte de la "plusvalía" obtenida del trabajador asalariado (21), no sólo porque esta acumulación responde a las tendencias íntimas del capitalista y a su ambición, sino también porque el sistema se encuentra en perpetua transformación y progresa por la aparición de métodos productivos y más artículos, y porque la competencia obliga a cada empresa a invertir sin interrupción. Ahora bien, al acumular los capitalistas individuales más y más, aumenta la cantidad en manos o bajo control de cada uno de ellos, lo que hace posible incrementar la escala de fabricación. Esto es, justamente, lo que MARX llama "concentración del capital", fenómeno que acompaña normalmente a la acumulación, pues es evidente que no puede plasmar si no se da ésta. En cambio, no se da necesariamente el caso inverso, ya que es posible concebir la acumulación y que, al mismo tiempo, los capitalistas individuales pierdan importancia (con motivo, por ejemplo, de subdivisiones repetidas entre herederos). Lo importante para nosotros es que en el pensamiento de MARX la concentración por sí misma será suficiente para provocar un aumento continuo en la escala de producción (esto es, en la dimensión de la empresa) que, de todos modos, viene impuesta por la tecnología, y una tendencia, al menos parcial, a que se reduzca la competencia.

La segunda ley es la que MARX llama "centralización del

---

(21) La "plusvalía" (der Mehrwert) es la diferencia que se apropia el capitalista entre el valor objetivo de la mano de obra incorporada al producto (valor que se mide por la suma necesaria para la subsistencia material del trabajador, o sea, por su salario natural) y el valor que el capitalista obtiene en el mercado con ese producto. Esta diferencia procede, según MARX, de que los productos tienen un valor de cambio que se mide por el número de horas de trabajo empleadas para fabricarlos, y de que el capitalista está, de hecho, en condiciones de hacer trabajar al obrero más horas que las indispensables para ganar el salario natural.

"Este proceso difiere del anterior en que sólo supone un cambio en la distribución del capital ya disponible y en actividad;... El capital aumenta en un lugar, en poder de una sola persona, porque muchos lo han perdido en otro lugar. Esta es la centralización propiamente dicha, diferente de la acumulación y la concentración" (22). MARX sigue explicando: "La batalla de la competencia se libra mediante el abaratamiento de las mercancías. La baratura de las mercancías depende, ceteris paribus, de la productividad del trabajo y ésta, a su vez, de la escala de producción. Por consiguiente, los capitalistas mayores vencen a los menores". El proceso continúa irreversible y fatalmente hasta que, al reunirse el capital en poquísimas manos y quedar relegada a la proletarización la mayoría de los empresarios, "todo está dispuesto para el derrumbamiento apocalíptico del capitalismo". Estos pasajes son de "El Capital"; veinte años antes, en 1.848, "El Manifiesto Comunista" había profetizado: "Al desarrollarse la gran industria, desaparece bajo los pies de la burguesía la base misma sobre la que produce y se apropia de los productos. De esta manera, la gran empresa labra su propia sepultura; su muerte y el triunfo del proletariado son igualmente inevitables".

MARX distingue una tercera fuerza, "el sistema de crédito", constituido en sentido amplio por bancos, empresas de inversión financiera en general, mercados de valores, etc. "En sus comienzos el sistema de crédito llega a hurtadillas como un modesto auxiliar de la acumulación y trae por hilos invisibles los recursos monetarios dispersos en toda la extensión de la sociedad a manos de los capitalistas individuales o asociados. Pero pronto se convierte en arma nueva y formidable en la lucha entre competidores, y, finalmente, se transforma en un inmenso mecanismo social para la centralización de capitales". La no-

---

(22) El Capital, tomo I, página 686. Fondo de Cultura Económica. México.

en que los capitalistas de envergadura expropien a los pequeños, sino en la "asociación de cierto número de capitales ya existentes o en proceso de formación... por el camino más llano de la formación de sociedades anónimas." Este método asociativo es justamente el que MARX considera, con mucho, el más rápido para el incremento de la magnitud de la unidad empresarial: "El mundo seguiría careciendo de ferrocarriles si se hubiese visto obligado a esperar hasta que la acumulación hubiera permitido a capitalistas individuales emprender la construcción de un ferrocarril. En cambio, la centralización ha realizado esto fácilmente por medio de las sociedades anónimas".

Los pasajes que anteceden constituyen el esbozo de lo que luego sería hasta hoy una constante del socialismo marxista en su interpretación doctrinal del capitalismo, concretamente el valor prioritario asignado a la concentración financiera sobre los factores estrictamente industriales. Obsérvese, en efecto, que cuando MARX se refiere al conjunto de la economía o, mejor dicho, al proceso productivo del maquinismo, no cita para nada la asociación, la "combination", de capitales, fenómeno que sólo parece advertir en el ramo de las finanzas. Hubo que esperar a la cuarta edición alemana de "El Capital", muerto su autor, para que FEDERICO ENGELS, su correligionario y continuador, agregase al último pasaje la siguiente nota de pie de página: "Los más recientes trusts ingleses y americanos procuran realizar esto tratando de unir, al menos, todas las grandes compañías de cierta rama de industria en una gran sociedad anónima con monopolio de hecho" (23).

Digamos incidentalmente, siguiendo a PAUL M. ZWEEZY, que MARX dio en definitiva poca importancia a las consecuencias de la centralización y de la misma concentración sobre la estructura y forma concreta de los mercados (24), limitándose a pronos

(23) Citado por PAUL M. ZWEEZY, Teoría del desarrollo capitalista, página 282, al pie.

(24) Ibidem, página 283.



dente, a saber, la sustitución progresiva de la competencia entre un gran número de productores por el control monopolístico o semimonopolístico de los mercados. Ha sido mucho después, muy entrado ya el siglo actual, cuando la doctrina económica marxista ha empezado a explotar sistemáticamente, con planteamientos de alcance general, el filón del monopolio en la cantera conceptual de "El Capital". Como apuntan de consuno PAUL A. BARAN y el citado SWEETZY (25), el primero en intentarlo fue HILFERDING en su "Das Finanzkapital" (1.910), que hoy es ya una obra clásica del socialismo científico, si bien fue LENIN quien, años más tarde, trató el tema de modo sistemático. (El imperialismo, último estadio del capitalismo).

Tanto por lo que afirmó expresamente como por lo que dio implícitamente a entender o, por lo menos, sugirió, la construcción marxista fue el primer intento de impugnación total del sistema de economía capitalista en base a una presunta ley de concentración aglutinadora, y si bien es cierto que sus profecías entre mesiánicas y agoreras no se han cumplido en cuanto a la autofagia final del sistema, no cabe olvidar que las tesis del autor de "El Capital" y de la "Crítica de la Economía Política", plantearon un reto doctrinal a los bellos y sencillos esquemas -quizá "demasiado bellos para ser verdad", como dirían los franceses- elaborados por la teoría liberal. De MARX en adelante, la concentración del capital, y en íntima relación con ella, la dimensión creciente de la empresa y el aglutinamiento de empresas propiamente dicho, han sido temas obligados de la ciencia económica y sociológica, lo que a la postre ha sido fecundo para el estudio y conocimiento de las estructuras empresariales y tendencias funcionales del capitalismo, aunque con lamentable frecuencia los apriorismos políticos e ideológicos, ora liberales, ora

---

(25) PAUL M. ZWEEZY y PAUL A. BARAN, "Il capitale monopolistico", Turín 1.968 . (Edi. Giulio Einaudi), pág. 6. Título original: "The monopoly capital".

herente al socialismo "científico"), hayan ofuscado el examen sereno de los problemas.

#### 5.- El triunfo de la concentración.

a). En los Estados Unidos (1.865-1.914)..- En el último tercio del siglo pasado la industria adquiría dimensiones insospechadas en ciertos sectores (minería del carbón y del hierro, siderurgia, ferrocarriles, etc.) y estructura cada día más compleja, a la vez que el maquinismo se extendía prácticamente por toda Europa Occidental y, sobre todo, a una nación inmensa y moza, los Estados Unidos de Norteamérica, que, sin terminar la colonización de su territorio, acababa de salir de la Guerra de Secesión (1.861-1.865), con la victoria total de un Norte industrial y financiero sobre un Sur agrícola y latifundista. Aunque Gran Bretaña fuera la primera potencia comercial y bancaria, ya no se desarrollaba al ritmo vertiginoso de sesenta o setenta años antes, sino al compás regular y sosegado de un mecanismo tradicional. Era, por el contrario, en los Estados Unidos, donde la eclosión de una sociedad de espíritu aventurero y tenaz en un marco geopolítico poco menos que virgen iba a cristalizar en menos de medio siglo, con vicisitudes truculentas, en el arquetipo del gran capitalismo. Esta fue la época en que los Estados Unidos hicieron su revolución económica, iniciada por la pléyade de capitanes de empresa salidos de la nada, de self made men, "que figuran en el Almanaque Gotha de los constructores de imperios económicos" (26): HENRY FORD, en el automóvil; HENRY DUPONT, en la industria química (fundador de la DUPONT DE NEMOURS, primera compañía química del mundo); ANDREW CARNEGIE, en el acero; JOHN ROCKEFELLER, en el petróleo; CORNELIO VANDERBILT, en los ferrocarriles; JOHN PIERPONT MORGAN, en la banca (y más tarde también en el acero); GEORGE WESTINGHOUSE, en la electricidad, etc.

---

(26) GIORGIO RUFFOLO, La grande impresa nella società moderna, pág. 119. Editorial Einaudi, Turín, 1.967.

sector que dominaban.

No tardó la epopeya de las individualidades en ceder el sitio a una oleada de concentraciones que, con frecuencia, abocaban al monopolio total o virtual de ramos enteros de la producción o del comercio, y de colusiones de empresas mientras florecían las prácticas de abuso de situaciones de dominio del mercado. Como observa A. D. KAPLAN (27), ya antes de la Primera Guerra Mundial la opinión común, el hombre de la calle, identificaba generalmente los vastos negocios con los monopolios logrados por medio de fusiones o de la eliminación de competidores en una lucha despiadada, sin reglas del juego ni escrúpulos éticos.

Desde el punto de vista de la estructura y funcionamiento de los mercados, tres rasgos, a menudo relacionados, dominaban la escena norteamericana a fines del XIX: en primer lugar, la empresa gigante que, con frecuencia, se alzaba en monopolista; en segundo lugar, las fusiones o nexos orgánicos de empresas, o, cuando menos, los pactos o acuerdos entre ellas; en tercer lugar, las prácticas discriminatorias y desleales de todo tipo que se permitían los fuertes frente a los débiles. El mejor ejemplo del primer fenómeno fue quizá la Standard Oil Company, fundada en 1.870 por ROCKEFELLER. El episodio más conocido del segundo tipo fue, asimismo, creación de ROCKEFELLER: la Standard Oil Trust, de Ohio, fundada en 1.879, después de casi una década de absorciones de competidores en el sector petrolífero; y el tercer aspecto tuvo su mejor ilustración también en el ramo del petróleo: concretamente las tarifas discriminatoriamente bajas que la compañía ferroviaria South Improvement Co., filial de la Standard Oil a partir de 1.872, concedía a las partidas de crudo destinado a las refinerías en la zona oriental, la de mayor consumo del país, desbancando así, pri-

(27) Big enterprise in a competitive system, traducida defectuosamente al castellano con el título "La empresa en un sistema de competencia". (Debería decir "La gran empresa...") Edit. Limusa-Wiley, México, 1.967.

mero, y controlando, después, el trust ROCKEFELIER a las demás refinerías del Este. Pues bien, ocuparán en primer término nuestra atención los dos primeros procesos, especialmente el segundo, ya que disertamos sobre la concentración stricto sensu, o sea, sobre las modalidades de integración propiamente dicha entre las empresas, y no sobre las simples confabulaciones o conciertos ni acerca de prácticas concretas de tipo desleal.

b). En Europa Occidental (hasta 1.914).-

En el Viejo Continente se perfilaba también la tendencia al aglutinamiento de las unidades productivas y de las entidades financieras, así como hábitos muy definidos de coordinación de política de mercados entre las empresas líderes de determinados sectores. En el último tercio del siglo XIX, algo más tarde que en los Estados Unidos, empiezan a formarse algunos de los grupos colosales que hoy dominan la economía europea. Reconozcamos que la vuelta paulatina al Estado intervencionista y protector de la industria nacional frente a la competencia extranjera, después de más de cincuenta años de liberalismo comercial, fomentó o, por lo menos, allanó, el proceso, si bien es verdad que, de todas maneras, éste se habría desarrollado sin el apoyo de los Poderes públicos, porque respondía a los imperativos tecnológicos de la llamada Segunda Revolución Industrial. Se empezaron, además, a formar corporaciones y federaciones profesionales para la defensa y representación común de los intereses de cada sector ante el Estado, por lo que hay quien dice que 1.887, año en que surge en Francia el Comité des Forges et des Houillères, abre la era de un capitalismo "organizado", que viene a coincidir con el "capitalismo monopolístico" de Lenin.

También en Inglaterra, donde había florecido la teoría clásica de la competencia pura y donde, en contra de la ingenua suposición de Adam Smith de que "los del mismo ramo de la industria rara vez se unen", cristalizaron concentraciones ho

del 1882, las de Shropshire y Essex, las salinas de Cheshire, el nacimiento de la Imperial Tobacco Company en 1.901 por fusión de diecisiete firmas deseosas de resistir en bloque la competencia del trust estadounidense American Tobacco Company; en el whisky, la Distillers Co. por fusión de siete casas escocesas, etc. Sin llegar a ser el país de los "reyes" de la economía, la Gran Bretaña finisecular fue, probablemente, el adelantado de la concentración en Europa, y no deja de resultar lógico -aunque sea a primera vista paradójico- que esto sucediese en la nación más liberal y competitiva de la época. Precisamente por jugar con relativa amplitud el fair play del mercado libre en el comercio internacional, el Reino Unido era el más expuesto a los efectos de las importaciones de manufacturas extranjeras (alemanas, norteamericanas, hasta japonesas en algunos renglones); de ahí que las amalgamas experimentadas por su industria respondieran a menudo a un propósito defensivo. En estas condiciones de cambios estructurales, se explica perfectamente que fuese en Inglaterra donde por primera vez la Ciencia Económica distinguiese en sus análisis teóricos la gran y pequeña empresa, así como la unidad media. Se debe, en efecto, a ALFRED MARSHALL, jefe de la llamada escuela de Cambridge o del "equilibrio parcial", y considerado como el último gran clásico inglés, el haber enunciado en sus Principios de Economía Política (1.890) las "economías de escala", esto es, las ventajas específicas de la dimensión en la planta industrial.

Otro tanto sucedía en Europa continental, si bien predominaban las fórmulas de asociación y entendimiento de empresas para una política común de mercado sobre los casos de fusión o integración orgánica, de todas maneras numerosos también. Fue en Alemania donde el concierto de las principales sociedades en los sectores básicos (aceros, fertilizantes potásicos y nitrogenados, minería del carbón, etc.) alcanzó su máximo gra

do, inspirando, inclusive, una institución contractual peculiar, el cártel, cuyo nombre, igual que el de trust, es ya del vocabulario económico universal. También en Alemania nació una figura asociativa original: el konzern, que algunos definen como la versión germánica del holding anglosajón, o sea, grupo de empresas jurídicamente independientes sometidas a una dirección económica unitaria, a consecuencia de una fuerte tendencia al aglutinamiento de ciertos ramos, especialmente el bancario.

#### 6.- Nace el derecho de defensa de la competencia.-

Ya en la penúltima década del siglo pasado, ante el clamor de la opinión, alarmada por las fusiones, absorciones, combinaciones monopolísticas, prácticas concertadas y discriminatorias que falseaban la competencia, los Tribunales ordinarios norteamericanos tuvieron que sentenciar conforme a los principios tradicionales de equidad y libre competencia del Common Law, esto es, del derecho anglosajón tradicional, consuetudinario y jurisprudencial, contra compañías que pretendían acaparar el mercado comprando en masa sociedades competidoras. Sin embargo, se advertía cada vez con más calidez que sólo una legislación especial podía poner coto a las concentraciones abusivas, y así se dictaron leyes ad hoc entre 1.880 y 1.890 en muchos Estados miembros de la Unión.

Pronto cundió, empero, la necesidad de un ordenamiento federal con validez uniforme en todo el ámbito de soberanía nacional, porque los grupos financieros y complejos industriales abarcaban todo el territorio y se afincaban en cualquier parte de él con increíble agilidad. Así se dictó el año 1.890 la famosa Ley SHERMAN (SHERMAN Act), que ha sido el modelo y fuente directa o indirecta de los demás sistemas legislativos de defensa de la competencia.

No cabe explicar aquí con detalle lo que decía o no decía la Ley Sherman, cuya interpretación no era fácil. Indiquemos que, redactada en términos muy amplios y generales, de-

de empresas que, bajo la forma de trust o de cualquier otro modo tienda a restringir la competencia en los negocios o en el comercio...", y decretaba también la ilegalidad y punibilidad por lo penal de todo acto por el que una persona "monopolice o conspire para monopolizar una rama cualquiera de la industria o del comercio..." El principal interés de la Ley fue realmente la declaración de ilegalidad, no ya de las prácticas de restricción de la competencia, sino, incluso, de la propia situación fáctica de monopolio como malo y perjudicial per se en todo sistema de libre empresa.

Juristas y economistas coinciden en que, por diversas razones, unas de índole interpretativa, otras de índole jurídico-formal, otras, por fin, de naturaleza económica, incluso, a veces, política, la Ley SHERMAN no acabó de ser eficaz; es más, muchos afirman, lisa y llanamente <sup>que</sup> no lo fue en absoluto, que no tuvo ninguna influencia en la regulación y disciplina de los grandes negocios. En efecto, tanto las estadísticas disponibles como los datos de los registros y censos mercantiles demuestran, sin lugar a dudas, que el proceso de concentración económica de los Estados Unidos continuó desarrollándose a fuerte cadencia en las dos décadas de un siglo al siguiente, sobre todo en los años inmediatamente anteriores y posteriores a 1.900. Lo único importante que cabe anotar en su haber es que, como señala el propio KAPLAN, "marcó el final de los consorcios de votos (los voting-trusts) como ardid para la concentración de los negocios" (28). Efectivamente, en 1.892 los tribunales de Ohio disolvieron el trust de la Standard Oil, allí domiciliada. Ahora bien, esta y otras agrupaciones recurrieron a diversas formas asociativas, a distintas vestiduras jurídicas, para escapar a la letra de la SHERMAN Act. El artificio más usual, a partir de 1.890, fue concretamente la compañía holding, especie de sociedad de sociedades anónimas, que se fundaba precisamente

---

(28) A.D.H. KAPLAN, La empresa en un sistema de competencia, página 24.

para comprar acciones de otras sociedades e influir así decisivamente en éstas. El Estado de Nueva Jersey permitía expresamente esta forma, en virtud de una ley de sociedades bastante liberal que había dictado en 1.889, autorizando a las compañías anónimas a poseer carteras de valores industriales y comerciales. En los primeros veinticuatro años de aplicación de la Ley SHERMAN, o sea, hasta 1.914, el Tribunal Supremo no dictó una sola sentencia condenatoria (29) por el simple hecho de haberse fusionado dos o más empresas, y nunca entró siquiera a discutir en sus considerandos, como cuestión de fondo e independiente, si la adquisición de acciones o elementos de activo de otras firmas era en sí legal o ilegal. En las condiciones descritas nadie podía sorprenderse de que las fusiones y absorciones proliferasen a comienzos de siglo, estimuladas, además, en numerosos Estados por una legislación de sociedades deliberadamente inspirada en el designio de facilitarlas.

Así las cosas, en 1.914 se dictó la Ley CLAYTON (Clayton Act), a modo de complemento, simplemente, y no de sucedáneo, de la Ley SHERMAN (30), tipificando, por primera vez, cuatro figuras de prácticas restrictivas: discriminación de precios, contratos de vinculación (tying contracts), o sea, de exclusiva; interconexión de empresas por consejeros comunes (interlocking directorates), y posesión por una sociedad de acciones de otra (intercorporate stockholding). No interesando las dos primeras figuras a este trabajo, nos ocuparemos, en su momento, de las dos últimas, especialmente de la cuarta, uno de los supuestos típicos de concentración económica.

Hasta la saciedad quedan demostradas la íntima conexión entre fondo económico y forma jurídica -no sin notoria exageración de sabor marxista ha dicho BAUDIN que "el derecho es

---

(29) DAVID DALE MARTIN, Mergers and the CLAYTON Act, páginas 14 y 15. University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1.959.

(30) Op. cit. pág. 3.



la obligación inexcusable para legisladores y tribunales de abordar fenómeno tan amplio y complejo como la concentración, no sólo en algunas de sus manifestaciones orgánicas, sino en todas sus modalidades asociativas, a condición de dar a cada institución concreta un tratamiento específico, pues no todas surten los mismos efectos en el funcionamiento efectivo de empresas y mercados. En este sentido, la historia de las leyes anti-trusts americanas se ofrece como un lento y vasto proceso expansivo de disciplina jurídica sobre las sucesivas formas de concentración que fueron surgiendo como posibilidades larvadas en el derecho de sociedades mercantiles.

#### 7.- ¿Competencia versus racionalidad económica?

Simultáneamente a la paulatina tendencia legislativa al endurecimiento frente al fenómeno de concentración, se abría paso, tanto en la jurisprudencia como en sectores concretos de la opinión norteamericana, una actitud matizada, que tachaba de simplista, y sobre todo de inviable en la vida real, toda condena absoluta, global, discriminada, de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia por el juego automático de la Ley SHERMAN. Se empezaba a reconocer que a veces era inevitable, incluso beneficiosa a plazo largo o medio, para el sistema industrial y financiero, cierta medida de restricción de la competencia, eso sí lo más moderada posible, en una nación donde fuertes y frecuentes tensiones y crisis, con su estela de quiebras resonantes y de paro de miles de trabajadores, ponían un contrapunto traumático a la floración de altos negocios especulativos y al desarrollo eruptivo de colosos absorbentes. Podía suceder, a veces, que la competencia pura se hiciese indeseable, aparte de que no pudiese realizarse en los términos ideales de

---

(31) Précis d'Economie Politique, 1.943, tomo I, pág. 29, citado por GEORGES RIPERT en Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Buenos Aires, 1.950, pág. 4.

la teoría.

Lo mismo se observaba en materia de concentración y posiciones monopolísticas o dominantes. Se comprendía que no todo agrupamiento de empresas, no todo dominio del mercado como simple hecho, eran malos per se ni punibles como delitos, cuando derivaban sencillamente de una superioridad legítimamente adquirida por la firma dominante o bien del imperativo técnico de la unión de grandes capitales para inversiones determinadas. Se introducía así en la jurisprudencia, si bien con vacilaciones, retrocesos y cambios desconcertantes, un criterio selectivo propicio a distinguir, por un lado, prácticas restrictivas "razonables" (reasonable trusts) y, por otro, prácticas no razonables (unreasonable trusts). De ahí el nombre de "rule of reason" (regla o concierto de la nación) con que se conocía una interpretación que, desde luego, no podía encontrar base alguna en la legislación vigente, sino que tenía sus raíces en sentencias antiguas basadas en el Common Law.

Con la exposición que antecede hemos tocado, quizás, el punto crítico del derecho anti-trusts, no sólo en Estados Unidos, sino en todas las economías capitalistas desarrolladas: concretamente la necesidad -y por desgracia también la dificultad- de saber a partir de qué tamaño o dimensión empieza una integración empresarial a constituir un peligro de monopolio o, al menos, de posición dominante del mercado, en perjuicio de los consumidores, de los pequeños competidores o del interés nacional. Este es el grave problema legislativo y, sobre todo, jurisprudencial, del derecho de la competencia, y al examen de las distintas soluciones o enfoques propuestos para resolverlo se encamina este trabajo.

Lo significativo de la evolución resumida es que la competencia ha dejado de ser un ideal absoluto, un criterio inderogable, una norma inflexible, como punto de referencia y escala del valor del sistema de libre empresa, y se ha reducido a módulo preferente, guía de orientación, y nada más, de las re-

aciones y estructuras económicas, mientras ganaban paulatinamente terreno otras consideraciones, como la estabilidad de la producción, y el nivel de empleo, los objetivos estratégicos de defensa nacional, la prestación de servicios públicos en condiciones asquibles a las clases de ingresos inferiores. En resumen, la competencia ha dejado de ser un fin, para quedarse reducida a un medio o, si se quiere, a uno de los principios constitucionales del sistema capitalista, ya no el único.

Lo que antecede explica que sólo en los Estados Unidos se montase un dispositivo anti-trust, mientras que en ningún país de Europa tomó la Ley actitud alguna frente al hecho económico de la concentración. La razón es que en los Estados Unidos, por razones de escala y dimensión, los monopolios gigantes amenazaban con devorar el organismo del que habían nacido, dando así la vuelta al mito de Saturno. En Europa, por el contrario, con excepción de una fragmentaria jurisprudencia británica derivada del Common Law, el derecho ignoró olímpicamente el problema porque, a pesar de su envergadura, no había alcanzado, ni con mucho, las proporciones ni la espectacularidad trauolenta que lo caracterizaban allende el Atlántico Norte. Téngase en cuenta, además, el substratum histórico-cultural: los Estados Unidos eran una nación nueva, un aluvión social y demográfico en una tierra económicamente virgen, con cierto mesianismo empresarial muy propio de aventureros en un medio natural a la vez rico y agreste; mientras que Europa tenía una larga tradición de instituciones, cuadros jurídicos, vínculos de todo orden, amén de siglos de intervención estatal en la economía, interrumpida sólo por un paréntesis liberal de unos ochenta años, y sus principales potencias se aprestaban, por añadidura, en los primeros años del siglo a una carrera de armamentos ("la paz armada"), y cultivaban un nacionalismo militante y agresivo que por fuerza tenía que apoyarse en grandes grupos industriales y financieros. En estas circunstancias era lógico, era casi obligado, que el Viejo Continente no viese florecer en su suelo una

rama específica del derecho contra los abusos del monopolio.

Hemos expuesto, con el máximo de sobriedad, el progreso de la concentración en las economías desarrolladas hasta 1.914, año en que estalló la Primera Guerra Mundial. La elección de la fecha no ha sido arbitraria ni ha respondido a convenciones cómodas y superficiales, sino que obedece a profundos cambios político-económicos en todo Occidente como consecuencia de la conflagración 1.914-1.918 y a que, como luego veremos, la situación cambió radicalmente a partir de 1.918.

#### 8.- 1.914-1.939: el declive de la competencia.-

La Primera Guerra Mundial precipitó, aceleró, el proceso de intervención autoritaria del Estado en la economía que ya se insinuaba desde finales del siglo pasado, así como la tendencia al concierto de las grandes firmas en los sectores básicos. La contienda, imaginada en 1.914 como de poca duración, se prolongó cuatro años y obligó a los beligerantes a movilizar todos, absolutamente todos, sus recursos industriales y financieros. Las fábricas se dedicaron febrilmente a producir armamento o material estratégico para millones de combatientes, mientras el Estado asumía por vía administrativa la dirección y armonía de todo el proceso económico, requisando plantas, dando o denegando permisos para el montaje o traslado de industrias, repartiendo cupos de materias primas, racionando diversos artículos, fijando precios y cantidades de producción de los más vitales, limitando importaciones y exportaciones, y, lo que es fundamental desde la óptica de la concentración industrial, estableciendo comités o consejos corporativos o sectoriales donde, obligatoriamente, se integraban los empresarios de cada ramo para asesorar a la Administración y aplicar en común las directrices oficiales.

Naturalmente, era inevitable que, como consecuencia de cuatro años de intervencionismo, se forjaran una mentalidad, una predisposición y, sobre todo, hábitos de concierto, entendi

nantes, de cada sector; se llegó a la certidumbre de que las firmas aisladas no podían por sí solas, salvo en casos de alta dimensión y capacidad productiva, alcanzar ciertas metas u objetivos y de que, por otra, el régimen de mercado competitivo no aseguraba automáticamente el pleno empleo de la población activa. Por añadidura, la consolidación de los grandes sindicatos obreros, cuyo enorme poder de negociación les permitía obtener grandes mejoras salariales en los convenios colectivos, introdujo un factor nuevo en la estructura de costes, especialmente en la contabilidad de empresas que empleasen centenares o miles de trabajadores. Otro hecho determinante fue la reacción defensiva que suscitó, tanto en los círculos económicos privados como en el sector gubernamental de los países industriales, la incidencia aguda y perturbadora de las importaciones de artículos manufacturados en una coyuntura de reivindicaciones laborales y de política de lucha contra el paro, perfectamente comprensible después de los sacrificios y esfuerzos consumados y consumidos en los campos de batalla.

Consecuencia lógica y directa de hechos que afectaron tanto a vencedores como a vencidos fue el recrudecimiento de la concentración industrial, con toda clase de matices, según la estructura, la coyuntura específica y el régimen político de cada una de las naciones del Occidente desarrollado. Hoy, los historiadores de la economía y especialistas del derecho de la competencia convienen en que el período de entreguerras estimuló la floración de prácticas restrictivas y el agrupamiento empresarial con diversas formas orgánicas y asociativas. Es más, los años posteriores a la Primera Guerra Mundial son la época en que, según el diagnóstico de los más eminentes teóricos de la ciencia económica, la competencia había dejado de ser el supuesto normal de la vida del mercado, como imaginaran otrora los clásicos, para convertirse en lo contrario, en supuesto excepcional, frenen

por lo menos la lucha entre unos cuantos, o, a lo sumo, entre muchos oferentes monopolistas cada uno de la variedad específica que vendía. Así, en 1.933 E. H. CHAMBERLIN publica su célebre Teoría de la competencia monopolística (Harvard Economic Studies), y por la misma época, JOAN ROBINSON, profesora de Oxford, su Economía de la Competencia imperfecta, y ARTHUR BURNS, en los EE.UU., su Declive de la competencia. Ahora bien, quizás el testimonio más impresionante de las tendencias concentradoras de la economía a la sazón, precisamente por no tratarse de un libro abstracto y teórico, sino de una obra descriptiva de la situación en los Estados Unidos, fuese el tratado conjunto de ADOLF BERLE y GARDINER MEANS "Modern Corporation and private property", también en 1.932. Los datos que en él se ofrecen acerca de los grupos americanos por dos autores nada sospechosos, por cierto, de marxismo, son impresionantes.

Ahora bien, con ser importante, lo expuesto no fue lo decisivo, ya que al fin y al cabo los fenómenos citados habían apuntado antes de la guerra; lo fundamental fue que, en bastantes casos, el propio Estado facilitó y alentó el proceso, ora asumiendo él mismo la iniciativa de reorganizar y refundir los servicios públicos básicos (así, en Inglaterra, la fusión de más de cien compañías ferroviarias en sólo cuatro años, de 1.921 a 1.924, y en 1.924, la creación de la Imperial Airways Company), ora dando toda clase de incentivos fiscales y crediticios a determinados proyectos de la industria privada. Nacieron, además, en aquellos años, casi siempre por fusión, algunos de los titanes que hoy dominan la escena mundial: así en 1.926, la Imperial Chemical Industries (I.C.I.) británica y en 1.929, después de una cascada de agrupamientos, la Margarine Unie holandesa y la Lever Bros inglesa, fusionaban para formar Unilever, que controla más del tercio de los aceites vegetales objeto del comercio mundial.

El fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán uti

las industrias básicas en grandes holdings o konzernos, y espolearon por diversos medios a la gran empresa como instrumento ideal de una política dirigista de altos vuelos y de pleno empleo.

Mutatis mutandis, en los Estados Unidos no dejaron de observarse los rasgos apuntados, con la diferencia de que el Gobierno Federal no llegó hasta el punto de fomentar oficialmente las fusiones y absorciones. Bien es verdad que, como señala A. D. H. KAPLAN (32), las operaciones de los años veinte no tuvieron, en general, el designio de acaparamiento monopolístico del mercado, característico de muchas de las consumadas a principios de siglo. Otro rasgo interesante fue que ya no se trataba normalmente de concentraciones horizontales, salvo casos como el de CHRYSLER, nacida de la unión de pequeños competidores, sino de integraciones verticales, y a veces, intersectoriales, inspiradas en el designio de diversificar la producción para aminorar riesgos o de activar, mediante la entrada en ramos diferentes, parte de la capacidad de producción no empleada en el sector principal. Este fue el caso de la GENERAL MOTORS al ingresar en la industria de los electrodomésticos.

Un nuevo país se incorporaba entre tanto al grupo de cabeza de la economía mundial: el Japón, después de una carrera meteórica de casi medio siglo iniciada por la Revolución "Meiji" (de "las luces") contra el feudalismo, de guerras victoriosas contra los Imperios chino y ruso y de participación al lado de la Entente en la Gran Guerra. Dirigido por una aristocracia militar que se lanzaba con decisión a los negocios, el nuevo país se organizó pronto como un consorcio de enormes concentraciones familiares -las zaibatsu-, algunas de las cuales son en nuestros días potencias financieras de envergadura mundial (Mitsubishi, Mutsui, Samitomo, etc.).

En el ínterin, ¿qué sucedía en el mundo del derecho?

---

(32) Op. cit., página 40.

¿Cómo reaccionaba la Ley y la Jurisprudencia frente al fenómeno económico? Implícitamente la pregunta ya está contestada, puesto que se ha subrayado la disposición favorable de los Gobiernos a la política integradora, apoyada en muchos casos por ciertos sectores sindicales. Es, por de pronto, revelador que los Estados Unidos, única nación que tenía entonces un cuerpo de legislación anti-trust, asistiesen con más complacencia que inquietud a las fusiones y absorciones de los años veinte y a la transformación de empresas, ya vastas, en complejos enormes, que no podían administrarse más que con una estructura descentralizada. Una sentencia del Tribunal Supremo resume e ilustra la tendencia jurisprudencial del período: fue el fallo del caso de la United States Steel, que declaró en 1.920, con toda tranquilidad, que el hecho de monopolizar un mercado o poco menos, y de tener una envergadura superior a la del resto de los competidores, no constituía ilegalidad alguna con arreglo a la SHERMAN Act, en base a la cual el Gobierno había iniciado las actuaciones nueve años antes, en 1.911. "La Ley no hace del simple tamaño un delito ..... (sino que) requiere actos manifiestos". En los años sucesivos se multiplicaron las sentencias absolutorias.

De 1.929 a 1.932 sufrieron los Estados Unidos, y por efecto reflejo los países desarrollados de Europa, una gran depresión, que redujo al mínimo el ritmo de producción industrial, provocó el desempleo de muchos millones de trabajadores y agudizó las tendencias proteccionistas, más aún, autárquicas, que ya se habían impuesto en el sistema aduanero y arancelario de Occidente. Este fenómeno fue, además, un estímulo adicional para la concentración empresarial en los sectores básicos, temerosos de un hundimiento general de los negocios (en los Estados Unidos quebraron miles de pequeños bancos). En estas condiciones, la política económica de los Gobiernos no podía ser, precisamente, de fomento de la competencia, sino más bien de co-



deres públicos. Buen ejemplo fue el experimento del New Deal,

aplicado por el Presidente de los Estados Unidos FRANKLIN D. ROOSEVELT en su primer mandato, de 1.932 a 1.936, con sus famosos "Codes of fair competition" (Códigos de competencia leal), dirigidos a moderar la lucha por los mercados y a sustituirla por una política común de las grandes firmas en pro de la estabilidad de precios (es decir, para que no siguieran bajando) y de un nivel aceptable de empleo.

Bien es verdad que fue en Norteamérica, de 1.938 en adelante, durante el segundo mandato de Roosevelt, se acometió el único esfuerzo, siquiera en grado de pura tentativa, contra la concentración industrial y las prácticas restrictivas en general. En efecto, el ya citado libro de ARTHUR BURNS "The decline of competition" (1.936) sobre los factores monopolísticos como elementos inherentes al sistema capitalista y, sobre todo, el documentadísimo estudio de ALFRED L. BERNHEIM, en 1.937, bajo los auspicios del Twentieth Century Fund sobre la dimensión creciente de las plantas productivas y la correlación estadística entre el grado de concentración y la rigidez de precios (33) así como una recesión coyuntural en 1.937, alarmaron a la opinión y al propio Gobierno, quien anunció en abril de 1.938 un programa de investigación a fondo de las conexiones colusivas u orgánicas del sistema económico nacional. En realidad, el único fruto fue la ingente labor -más de cincuenta monografías con diecisiete mil páginas- del Temporary National Economic Committee, creado ad hoc, en los tres años de su vida (1.938-1.941), sobre el grado de concentración de la economía en su conjunto. Las recomendaciones no estuvieron, en cambio, a la altura de la recopilación de datos: no se hizo, apenas, propuesta alguna concreta sobre la materia.

En el resto del mundo no hubo casi reacción jurídica

(33) Twentieth Century Fund: Big business, its growth and its place, Nueva York, 1.937.

mania de Weimar se hizo un tímido intento legislativo para contener los abusos del poder económico, concretamente el Decreto de 23 de noviembre de 1.923, obra del Gobierno STRESEMANN, y con el título de "Ordenanza contra los abusos del poder económico". En definitiva, se trataba con esta disposición, primera de su género en Europa, únicamente de perseguir ciertas prácticas de los cárteles, pero no destruir esta institución, en la que, por otra parte, el Gobierno creía ver el único medio eficaz de defensa de las pequeñas y medias empresas frente a los poderosos konzernos. En otras palabras, tampoco el Estado alemán se preocupó de regular jurídicamente el hecho de la concentración en sí, sino que sólo se propuso recortar sus excesos, y aún así exclusivamente en la medida en que se materializasen en pactos colusivos. Lo relativo a conexiones orgánicas o económicas entre empresas quedaba fuera del ámbito de la ordenanza.

El único sector del ordenamiento jurídico donde apuntó cierto interés y curiosidad analítica por la creciente complejidad de las estructuras fue el Derecho Mercantil, y en especial, el Derecho de sociedades. Así, la Ley alemana de sociedades anónimas de 30 de enero de 1.937, que, por otra parte, ha influido en las legislaciones de Europa continental, definía ya el concepto de konzern, aunque la figura se remontaba a fines del siglo XIX y estuviese virtualmente reconocida. No es éste momento ni lugar para precisar una noción sobre cuyo perfil no están de acuerdo aún los juristas, pero recordemos que se distingue como el primer precedente importante de la tendencia legislativa contemporánea que trata de definir institucionalmente el fenómeno socio-económico de las "sociedades de sociedades".

#### 9.- De 1.945 a nuestros días: la concentración, programa y problema.-

En la Segunda Guerra Mundial ocurrió lo que en la Pri

transformaciones, de verdaderas revoluciones, en el campo socio-económico, y rigurosamente locomotora del proceso concentrador. Se repitió, con magnitud imponente, la política oficial dirigista de las fuerzas productivas y coordinadora, incluso integradora, del sistema industrial, y, por lo tanto, fueron todavía mayores que en 1.918 los problemas de reconversión que se plantearon en 1.945 al cesar las hostilidades.

A mayor abundamiento -y éste es, a nuestro juicio, el factor decisivo- los últimos veinticinco años han traído, sin que el ciclo anuncie cierre o laxitud, la aceleración espectacular de las fuerzas y tendencias tecnológicas del período de entreguerras, así como la aparición de fuentes o formas de energía, las cuales reclaman inversiones cada vez más cuantiosas y dimensiones crecientes para los nuevos métodos productivos inventados por la Tercera Revolución Industrial, bajo el signo de la energía atómica, la electrónica y la cibernética. Toda la industria básica, los transportes, la distribución al por mayor y al por menor, la banca, los seguros, ven explotar, volatilizarse, saltar pulverizados, sus técnicas y marcos tradicionales de explotación y gerencia.

Nadie ha descrito o anunciado mejor que JOSEPH SCHUMPETER, autor de Capitalismo, Socialismo y Democracia (Londres, 1.943), una de las obras cumbre de la Ciencia Económica contemporánea, el proceso actual de aceleración del ritmo de desarrollo técnico. Su bella expresión "destrucción creadora" acuña el significado de la innovación tecnológica en el seno de una economía más o menos competitiva. Ahora bien, lo decisivo en la óptica schumpeteriana es el papel decisivo que se asigna a la gran empresa como descubridora y, sobre todo, realizadora de los nuevos procedimientos y productos en una lucha grandiosa y titánica en que la competencia ya no es tanto entre sujetos como entre artículos. Como se sabe, las tesis de SCHUMPETER han abier-

ránea, a saber, la contribución efectiva de la gran unidad, por un lado, y de la empresa pequeña o mediana, por otro, al fomento de la investigación y mejora de las técnicas productivas.

En las circunstancias descritas, el proceso concentrador tenía lógicamente que acentuarse, y ahora la explicación más corriente de las operaciones de esa naturaleza, o cuando menos el pretexto más decoroso para justificarlas, es precisamente la exigencia, real o supuesta, de la racionalidad económica, en el sentido de que las inversiones, tanto de primer establecimiento como de conversión tecnológica, requieren sumas cada día más cuantiosas. Reconozcamos que esto es cierto, pero no olvidemos que, a fuerza de invocarse a tiempo y a destiempo, el argumento termina perdiendo valor probatorio per se, hasta el punto de que algunas veces es difícil distinguir el fundamento legítimo del tópico oportunista. De todos modos, el factor técnico es hoy más que nunca una constante de la concentración.

A mayor abundamiento, un elemento nuevo ha venido a complicar el juego, ya de por sí complejo, de las fuerzas económicas en el Occidente desarrollado: a saber, la tendencia a la cristalización de bloques o comunidades internacionales en forma de Uniones Aduaneras, Zonas de Libre Cambio, o de Uniones Económicas en toda regla, como el Mercado Común Europeo, sin contar los acuerdos de liberalización de intercambios, como el GATT. Se tiende a mercados de dimensión continental, a veces mundial, y es natural que los centros productivos procuren adaptarse al nuevo marco geo-económico en que van a moverse, por lo que asistimos a un número cada vez mayor de fusiones o absorciones de firmas de distintos países dentro de un bloque (último ejemplo: FIAT-CITROEN), y, sobre todo, a un fenómeno de más alcance político aún que industrial: la incursión masiva del capital norteamericano en toda Europa Occidental, en forma de compra total o mayoritaria de sociedades y firmas de todo tamaño, especialmente de las más fuertes en su sector respectivo.

cierto modo al fenómeno de acción y reacción del mundo mecánico y físico, la concentración internacional de signo ofensivo y expansionista (en especial la asumida por firmas estadounidenses) suscita, por un reflejo inevitable de nacionalismo económico, que fomentan los mismos Poderes públicos, la concentración interna, defensiva, de los grupos y complejos europeos. La ola internacional engendra miedo a la ruina y al colonialismo, y éste, a su vez, induce nuevos aglutinamientos, precisamente en nombre de la necesidad de mantener una defensa efectiva de la independencia económica frente a colosales invasores.

Señalemos, por último, que la política intervencionista cuando no planificadora, del Estado industrial de nuestros días se dirige declaradamente en todos los sectores básicos a la forja de estructuras concentradas, susceptibles de instrumentar las directrices del Plan de Desarrollo o de los fines programados por el Poder público. Ya no se trata, como en el período de entreguerras se hizo en el Reino Unido, de reorganizar sectores desfallecientes inadaptados (excepción hecha de la política de planificación global de los regímenes nacionalsocialista y fascista) o de centralizar servicios públicos no rentables para la economía privada, sino de la busca sistemática de una textura fuerte y trabada a base de dos o tres empresas poderosas en cada ramo fundamental. De la concentración ayudada se ha pasado a la concentración planeada. Se trata, pues, de fortalecer, dándoles lo que se llama convencionalmente talla competitiva internacional, a numerosas empresas privadas, con subvenciones y créditos otorgados por una administración **dirigista**. Son, con siguientemente, razones técnicas y no sólo móviles políticos los que impulsan la intervención del Estado en fomento de un proceso que se está desarrollando con enorme rapidez en todo el mundo industrializado, o, mejor dicho, los motivos políticos, que, en el fondo, siempre estarán presentes, no se inspiran ya en considera-

- 51 -  
ciones ideológicas simplistas, sino que se invocan imperativos de pleno empleo, desarrollo máximo de los recursos nacionales, din mismo tecnológico y funcional, promoción de regiones atrasadas, etc.

Resumiendo, cabe observar las siguientes características en el proceso contemporáneo de concentración:

a) Mayor intensidad y amplitud que en otras épocas, no sólo por el volumen de capitales afectados (cosa natural, dado el mayor grado de desarrollo cuantitativo de las economías nacio nales), sino también, y sobre todo, por el aumento del número de operaciones reflejado en las estadísticas y los anuarios financieros;

b) Influencia determinante de consideraciones técnicas y financieras, bajo el supuesto de que el empleo de las nuevas fuentes de energía y de los métodos electrónicos de cálculo y cibernética requieren masas cuantiosas de capital, que sólo pue de reunir una empresa gigante;

c) Réplica a la paulatina integración de las economías nacionales en bloques regionales de tamaño a menudo continental, con lo que las unidades productivas tratan de adaptarse a la mag nitud del mercado, tanto en sentido ofensivo (conquistar los mer cados de afuera) como defensivo (afrontar juntas la competencia de las firmas extranjeras);

d) Acción sistemáticamente fomentadora, cuando no directamente planificadora, de los Poderes públicos.

Pero la amplitud imponente y la vertiginosa aceleración del fenómeno han planteado, no ya como cuestión específicamente económica, sino también como problema político-social, las posibilidades efectivas de la unidad pequeña o mediana en el mercado oligopolístico más o menos controlado por una minoría de grupos tentaculares, que es el supuesto normal de nuestros días. Paradójicamente cabría observar que ha sido el propio desarrollo y floración de las empresas modestas, contra el pronósti tico de MARX de su desaparición ineluctable, lo que hace posible

tiva, sobre la compatibilidad entre competencia y concentración, sobre ventajas e inconvenientes específicos de ser grande o de ser pequeño, sobre cuál es la forma de mercado -competencia de muchos, oligopolio o monopolio- más idónea para el desarrollo general de la economía, etc.

Hay que reconocer que la desigualdad entre "oligarquía" y "masas" de las "repúblicas económicas" de nuestro tiempo se hace cada vez mayor en ciertos sectores y continúa in crescendo, a pesar de haber alcanzado proporciones increíbles, insondables a menudo por la dificultad de conocer con exactitud el tamaño y conexiones de ciertos complejos industriales y financieros. Está, pues, justificada, en principio, la aprensión con que se asiste al espectáculo cotidiano de fusiones, absorciones, cruces de participaciones, ofertas públicas de compra bursátil de grandes sociedades, relaciones entre los grupos a través de la banca, etc., sin que el Estado haga gran cosa por reglamentar el proceso (salvo casos excepcionales en que está gravemente en juego la soberanía económica nacional) ni encauzarlo (aparte de los planes de fomento de la concentración de ciertos sectores), para salvaguardar el principio de la igualdad de oportunidades competitivas.

Algunos economistas afirman que la competencia ha desaparecido como mecanismo regulador de la vida mercantil, y que el mercado no dicta ya su ley soberana e imparcial. Hay quien contrapone, incluso, los términos de competencia y concentración, algunos identifican virtualmente concentración y monopolio, y no faltan, por fin, quienes suspiran nostálgicamente (los neoliberales) por una estructura de unidades medianas y numerosas, sin leviatanes capaces de influir en las transacciones. Otros, por el contrario, arguyen que precisamente la concentración insufla nueva vida a la competencia, sólo que de un modo distinto al del mercado clásico que sirvió de base a los esquemas de la

precio entre productos homogéneos, sino competencia entre productos y técnicas heterogéneos, pero ligados directa o indirectamente por relaciones de sustitución. (O sea, en cierto modo, la idea de CHAMBERLIN). En todo caso, es innegable que las unidades pequeñas se enfrentan diariamente al problema de la subsistencia en un mercado donde tienen que soportar condiciones impuestas por una minoría prepotente, debatiéndose angustiadas, cual nuevos Argonautas, entre Scyla, que es la competencia a muerte, y Caribdis, que es la absorción por la empresa gigante.

El problema se complica al llegar la magnitud del proceso a tal punto que los complejos industriales y financieros cobran más poder que el propio Estado, el cual termina por encontrarse en una situación ambigua: por un lado, necesidad de promover la concentración por imperativos técnicos, nacionales y dirigistas; por otro, necesidad de frenar, a veces destruir parcialmente, la concentración para impedir que el poder de los grupos particulares se convierta en un Estado dentro del Estado, y funcione contra el interés general. (Incidentalmente, reconocamos que los abusos de los núcleos de poder económico justifican, en medida considerable, la hostilidad creciente del público y de la Administración). La necesidad de control sube de punto, claro está, cuando son grupos extranjeros quienes pretenden colonizar virtualmente la economía nacional a través de la absorción total o parcial de las empresas básicas.

#### 10.- El Derecho contemporáneo ante la concentración.

Pues bien, cabe preguntarse ahora cómo ha reaccionado el ordenamiento jurídico ante los fenómenos expuestos. Adelantemos que, al no tratarse en rigor de novedades, sino más bien de un aumento en las dimensiones y matices de un proceso casi secular, el ordenamiento no ha creado hasta ahora -ni podía crear, en realidad- figuras o moldes de todo punto inéditos, tanto más cuanto que la materia social a que debían aplicarse no acaba de



cristalizar en estructura definitiva. En lo fundamental no ha habido, pues, innovación propiamente dicha. Pero sí se puede decir que asistimos en los últimos tiempos a un esfuerzo por dar forma jurídica y concreción orgánica, así como disciplina de comportamiento, a diversos núcleos de acción mercantil, a tenor de los datos y experiencias suministrados por el análisis de las formas de mercado y de las situaciones más o menos movedizas y matizadas de oligopolio, monopolio parcial, dominio sectorial, etc. El aspecto más interesante para nuestro estudio es el segundo, o sea, los tanteos hacia un régimen legal que limite, en nombre del orden público económico, las tendencias concentradoras, aunque también estudiemos los ensayos legislativos recientes sobre definición de los grupos empresariales, o más bien interempresariales. En otras palabras, trataremos, en primer lugar, la evolución del derecho de competencia y, a continuación, ciertos aspectos del derecho de sociedades.

a) Extensión del ordenamiento anti-trust.

La consecuencia más importante y espectacular del desarrollo de la concentración en los últimos lustros ha sido, sin lugar a dudas, la escalada de la legislación especial de competencia mercantil a la casi totalidad de los países industrializados de Occidente, a lo que ha contribuido en notable medida el aumento de la influencia política de los Estados Unidos consiguiente a su victoria militar. Sin embargo, hay distancia todavía -y seguramente seguirá habiéndola- entre los Estados Unidos, donde los últimos años presenciaron un recrudecimiento sorprendentemente severo de la jurisprudencia sobre fusiones y adquisiciones de empresas, y Europa, donde, con las únicas salvedades del Reino Unido de la Gran Bretaña a partir de la Ley de Monopolios y Fusiones de 1.965 (Monopolies and Mergers Act) y de Alemania, con su reforma inminente de la Ley de Cáteles de 1.957, no se pretende, en principio, atacar la estructura del fenómeno ni limitar la dimensión de las firmas gigantes, sino sólo cas-

tigar las extralimitaciones que cometan. Es más, en Norteamérica, se dictó en 1.950, como enmienda del artículo 7º de la Ley CLAYTON de 1.914, la Ley CELLER-KEFAUVER contra las fusiones (CELLER-KEFAUVER Antimerger Act) para cubrir una presunta "laguna", a saber, la no prohibición de operaciones de esta clase que se realizasen por compra de elementos de activos, en vez de hacerse por adquisición de acciones. Desde entonces, los Estados Unidos siguen una línea fluctuante entre la fiscalización y la tolerancia. Generalmente, los períodos de administración republicana han sido más bien de benevolencia con el big business (nombre familiar de las grandes empresas en su conjunto), y los de administración demócrata, más bien de severidad. En todo caso, lo que está claro es que en Norteamérica hay una política fragmentaria y pendular, si se quiere, pero una política de estructuras al fin y al cabo, como lo prueba entre otros elementos de juicio que en 1.967 la Comisión Federal de Comercio publicase, para conocimiento de los grupos poderosos expuestos, en principio, a la vigilancia de las autoridades anti-trust, una especie de catálogo de reglas indicativas sobre fusiones lícitas y fusiones no autorizadas (guidelines on mergers).

En Europa continental, donde el problema de gigantismo no se plantea por parte de las firmas domésticas, salvo excepciones bien conocidas (el sector químico, por ejemplo), sino más bien por parte de las filiales o asociadas de norteamericanas, no se ha abordado legislativamente el problema de dimensión máxima de las empresas como salvaguardia de competencia efectiva, ni se ha formulado prohibición ni condena de la situación dominante del mercado como hecho en sí, con las salvedades, sin duda importantes, del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (concertado entre los seis países: Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, que luego han constituido el Mercado Común) y recientemente de Alemania. Es

informe de la Comisión del Mercado Común, en 1.966, favorable en principio a la concentración en función de imperativos de tecnología y ajuste a las nuevas dimensiones del mercado. Por otra parte, no olvidemos que en bastantes países se ha dictado una legislación de sentido contrario, esto es, de dimensiones mínimas, como requisito previo de montaje de industrias, para evitar el minifundio fabril. Este dato es significativo del estado general de cosas.

En los últimos años se explanan consideraciones en favor de la competencia y de la ayuda a las pequeñas empresas, así como contra los abusos de poder económico, mas se advierte que responden a una exigencia elemental de audiencia pública, de reverencia protocolaria, al principio soberano de libertad e igualdad de competencia. Buena prueba es que la porción más sustantiva de las recomendaciones a los Gobiernos de los países de la Comunidad Económica Europea en los informes de la Comisión de este bloque consiste en proponer una serie de estímulos fiscales al agrupamiento de empresas, y sobre todo, la reforma del derecho de sociedades mercantiles en cada una de esas naciones para que se llegue a la creación de un tipo uniforme de sociedad europea, de cuya inexistencia se dice, paladinamente, que es uno de los factores que están frenando la deseable concentración a escala continental, única posibilidad, según el informe de 1.966, de hacer frente a la competencia y penetración norteamericanas. Sin embargo, es significativo señalar que en los párrafos finales del trabajo citado se expongan diversas consideraciones sobre la posibilidad de extender el artículo 86 del Tratado de Roma, relativo al abuso de posición dominante del mercado, a las operaciones concentradoras que constituyan un monopolio o introduzcan una situación monopolística, lo que parece apuntar a un tímido reconocimiento del principio norteamericano de prohibición automática del monopolio, con independencia del

comportamiento correcto o incorrecto de su titular. La coexistencia en breves páginas (34) de recomendaciones en favor de la concentración y de propuestas sobre lucha contra ciertas operaciones de esta naturaleza ilustra la dualidad del problema del agrupamiento empresarial: hasta cierto punto, hay que concentrar; desde cierto punto, es peligroso concentrar. Por no haber sido la Ciencia Económica capaz, hasta el momento, de suministrar criterios objetivos y ciertos sobre esa frontera, tampoco el Derecho puede hacer otra cosa que ir tanteando en busca de una jurisprudencia relativamente viable.

b) El derecho de sociedades bajo el influjo de la concentración.-

Asimismo, determinados sectores del Derecho privado, concretamente el del comercio, acusan el efecto de los procesos en curso, como lo demuestra la aumentativa literatura sobre poder de control de la sociedad anónima, sociedad anónima y concentración, grupos de sociedades, etc. Son ya muchos los mercantilistas que se preguntan si no estará superada la sociedad anónima clásica como institución central, y si no convendría desplazar el punto de atención preferente a las formas actuales de "agrupaciones" de compañías. Así, decía HAMEL, Decano de la Facultad de París, en 1.951, ante el Comité parlamentario francés del comercio: "El problema capital consiste en saber si la sociedad por acciones, célula básica hasta el presente de la vida de los negocios, va<sup>a</sup> continuar siéndolo. Creo que esta posición está gravemente quebrantada, tanto por la creación de grandes grupos económicos constituidos por federaciones de varias sociedades por acciones como por la constitución jurídica del estatuto de la empresa" (35). En España han sido, qui-

(34) "Le problème de la concentration dans le Marché Commun", Revista "Etudes" de la Comunidad Económica Europea, serie "Concurrence", número 3, Bruselas 1.966.

(35) Citado por MICHEL VANHAECKE, "Les groupes de Sociétés", página 20.

sidad de configurar un marco asociativo adecuado a las nuevas estructuras económicas.

Es muy pronto para predecir o siquiera conjeturar los frutos de las nuevas orientaciones del derecho de sociedades; es arriesgado pronosticar un éxito posible, pues se trata de problemas de evolución económica difícilmente reductibles a fijación institucional, y más aún en tiempos de mutación constante como el actual. Pero sí podemos y debemos valorar que las recientes reformas de la sociedad por acciones, concretamente la alemana de 1.965 y la francesa de 1.966, hayan acogido expresamente y regulado con normas específicas algunas figuras, como la filial, la compañía "participada", etc.

Se empieza, por otra parte, a reglamentar el número de puestos o vocalías de Consejos de Administración o cargos directivos que puede desempeñar una persona en las sociedades mercantiles (así, la Ley francesa de 1.966 y la Ley española de incompatibilidades de 1.968), con lo que se insinúa en un campo tan privatista como el ordenamiento mercantil una disciplina limitativa claramente inspirada en el orden público económico, más propiamente en el deseo del legislador de reducir ya que no de suprimir de raíz- las posibilidades de confabulación de las empresas por medio de cargos directivos comunes.

c) Resumen de las tendencias actuales.-

Seleccionemos las siguientes notas:

a') el derecho de defensa de la competencia se ha extendido virtualmente a todas las economías desarrolladas de Occidente, en parte por imperativos del principio de igualdad de oportunidades económicas en un mundo donde el mercado no

---

(36) RODRIGO URÍA: "Teoría de la concentración de empresas", Revista de Derecho Mercantil, 1.949, pág. 315; J. GIRON TENA, "Las grandes empresas", serie de conferencias pronunciadas en 1.965 en la Universidad Nacional Autónoma de México, y publicadas por la de Valladolid.

puede ya cumplir su misión de regulador automático, y en parte también por influencia política de los Estados Unidos, que incluso lo impusieron en los países del Eje derrotados y ocupados a partir de 1.945;

b') allí donde el derecho de la competencia abarcaba no sólo la persecución de las prácticas colusorias, sino la disciplina de las estructuras empresariales, en otras palabras la limitación del crecimiento de los grupos por fusión o absorción -que es el caso de los Estados Unidos- la legislación y la jurisprudencia tratan de colmar las brechas y lagunas del ordenamiento tradicional;

c') donde, por el contrario, el derecho de defensa de la competencia no se propuso en principio limitar el proceso concentrador en sí, por no plantearse en la economía nacional el problema de gigantismo en la misma escala que Norteamérica y por la necesidad de grandes capacidades frente a la ampliación de los mercados -caso de todos los países europeos-, sino únicamente perseguir "el abuso de posición dominante del mercado" o de "poder económico", se observa en los últimos tiempos una tendencia, aún no reglamentada en normas positivas (salvo en Inglaterra a partir de 1.965 y en Alemania dentro de muy poco) a que se limite el proceso integrador de las unidades productivas de cierta envergadura;

d') en dirección opuesta a lo anterior, aunque pueda parecer paradójico, se fomenta más que nunca mediante bonificaciones fiscales y créditos oficiales (y también por disposiciones sobre dimensión industrial mínima), ora por la acción concertada a escala sectorial, ora por vía legislativa, la concentración en los sectores básicos, que se consideran, en principio, como más vulnerables a la competencia internacional, o al menos como más merecedores de la protección del Estado, sin que por otra parte se haya logrado deslindar qué límites debe respetar esa tendencia para no convertirse en baluarte feudal de poder económico (en muchos sistemas legislativos ni siquiera se

medianas o pequeñas);

e') como fenómeno de influencia indirecta o refleja de la concentración, el derecho de sociedades empieza a buscar formas institucionales y orgánicas para los complejos interempresariales, tratando en especial de regular legalmente el "grupo de empresas";

f') también como repercusión de la tendencia concentradora, el derecho de sociedades tiende a "publicarse", en el sentido de que empieza a dictar disposiciones restrictivas de la autonomía organizativa de las compañías mercantiles, en materia, por ejemplo, de número máximo de puestos directivos que una persona puede desempeñar en varias sociedades a la vez, etc. en base a consideraciones cada día más apremiantes de orden público económico.

#### 11.- Avance del contenido de nuestro estudio.-

Habría que decir más bien resumen o compendio del índice de materias, pues, en definitiva, sólo se trata de explicar brevemente el orden de los temas que contiene.

En primer lugar, exponer los diversos conceptos o nociones de concentración económica, de la que no hay aún idea clara y definida, aunque todos, expertos o profanos, hablen y a menudo dogmatizan sobre ella. El punto nodal será deslindar el concepto amplio, que abarca hasta la simple colusión de empresas, y la acepción restringida, o sea la integración jurídica, total o parcial, entre empresas, que será el objeto de nuestro estudio, es decir, las fusiones, absorciones, participaciones accionarias, conexiones por medio de consejeros comunes y también los "grupos" de empresas.

Se dedica el capítulo II a los factores "jurídico-privados de la concentración", en otras palabras, a la influencia del derecho mercantil, y en especial el derecho de sociedades anónimas en el desarrollo de las fórmulas de amalgama interempresarial.

Acto seguido, el capítulo III, que hasta cierto punto

es prolongación temática del anterior, se ocupa del "régimen jurídico de las principales formas orgánicas de concentración", analizando sucesivamente las participaciones accionarias de capital, el problema concreto de las participaciones recíprocas o "cruzadas", la sociedad unipersonal como supuesto límite de la participación accionaria, los grupos de sociedades como "nueva frontera" del derecho mercantil, las sociedades "holding" o de "cartera" como caso particular dentro de los grupos en sentido amplio, el conserno (konzern, en alemán) como otra figura específica (en el fondo equivalente a la holding) del grupo de sociedades, el régimen comparado de los grupos, la fusión y, por último, las figuras afines.

El capítulo IV se dedica a los "factores jurídico-fiscales de la concentración", es decir, a estudiar si los ordenamientos tributarios otorgan a la concentración de empresas o no un trato de favor o, en su caso, un trato más gravoso que a la sociedad o empresa corriente, y a investigar si, en definitiva, cabe considerar al derecho tributario como un móvil significativo de la amalgama empresarial en las principales naciones industriales.

El capítulo V trata íntegra y exclusivamente del derecho anti-trust de los Estados Unidos de Norteamérica, no sólo por ser esta nación, según se ha dicho, la inventora del moderno derecho de defensa de la competencia, sino también porque el enorme desarrollo de la jurisprudencia allende el Atlántico Norte justifica, más aún exige, la asignación de un capítulo aparte.

A continuación, el capítulo VI estudia los ordenamientos de Japón y Canadá conjuntamente o, mejor dicho, uno tras otro por este orden, ya que entrambos países tienen en común la íntima y decisiva influencia de los Estados Unidos, el primero por haber sido sometido a ocupación militar estadounidense a raíz de la Segunda Guerra Mundial y a una sistemática campaña de descon-



centración económica, y el segundo, porque aparte de ser tan heredero como su poderoso vecino meridional de la tradición jurídica inglesa, se ha visto desde muy pronto invadido por las inversiones de las grandes "corporations" radicadas en aquél.

El capítulo VII se titular "La concentración en los ordenamientos europeos" y comprende sucesivamente dos grupos de países: los que aplican el sistema de control previo, es decir, de autorización gubernativa para la consumación de una amalgama, que son la Comunidad Europea del Carbón y del Acero ("CECA") y, en mucho menor medida, Gran Bretaña, y los que se contentan con un simple deber de inscripción registral de la amalgama sin que el Estado tenga poderes prohibitivos, y cuyo ejemplo es Alemania Occidental, si bien, como ya se ha dicho, la República Federal está a punto de ingresar en el primer grupo, gracias a la reforma de la Ley de 1.957. Con este motivo, se estudia también la situación en el Mercado Común Europeo, cuyos órganos comunitarios se han planteado ya el problema de la concentración y su posible disciplina jurídica.

Por último, se dedica el capítulo VIII a España, nación que, por haber copiado fielmente el sistema alemán de inscripción registral obligatoria para las concentraciones que supongan determinado porcentaje del mercado nacional de un artículo, debería, en puridad conceptual, figurar en el capítulo anterior. Si hemos optado por tratar el caso español en capítulo aparte, es porque se trata precisamente de nuestro país y, por lo tanto, el volumen del estudio justificaba la separación. En la parte final de este capítulo se hacen unas recomendaciones o sugerencias de lege ferenda, o sea, unas propuestas de reforma legislativa del sistema vigente para adaptarlo a las exigencias de nuestra economía, atendidas las circunstancias y el grado de desarrollo de la economía nacional en la actualidad y en el futuro próximo.

## C A P I T U L O I

### EVOLUCION Y VARIANTES DEL CONCEPTO DE CONCENTRACION ECONOMICA

Como queda dicho en la Introducción, es frecuente que casi todas las nociones e ideas básicas de curso corriente se citen, utilicen o invoquen sin depurarlas de conceptos afines o análogos ni calibrarlas en sus diversos grados y acepciones, de tal modo que se desemboca a menudo en el equívoco y la confusión. Se trata, quizá, de un fenómeno inevitable de inflación verbal en tiempos de crisis o, por lo menos, de mutación radical. Así, en Economía todo el mundo habla de capitalismo, socialismo, mercado libre, competencia, desarrollo, equilibrio, monopolio, grupo oligopolio, y no digamos de estructuras, y no todos los usuarios de estos vocablos saben qué se entiende verdaderamente por cada uno de ellos.

El término de concentración es hasta cierto punto ejemplo de lo anterior; tanto que a duras penas resistimos la tentación de hacer a propósito de él lo que a mediados del siglo XIX sugirió el economista liberal FEDERICO BASTIAT acerca del concepto de Estado: crear un premio en metálico, con coronas, cruces y cintas en favor de quien logre formularle con una definición sencilla e inteligible. Por si fuera poco, como ha puesto de relieve WERNER SOMBART (37) el fenómeno "tiene también el inconveniente de que en las discusiones científicas... se han mezclado todo género de consideraciones políticas que han oscurecido, a menudo, la realidad de la cuestión y han velado la visión de los puntos decisivos".

Intentemos no tanto llegar a una definición precisa, empresa casi imposible en el terreno movedizo de las ciencias so-

---

(37) WERNER SOMBART, El apogeo del capitalismo, México 1.946, Fondo de Cultura Económica, páginas 300 y siguientes.

ciales, como de explicar las sucesivas concepciones con que se ha enfocado la concentración desde la Revolución Industrial, y sobre todo desde la doctrina marxista hasta la actualidad, sin perjuicio de que más adelante analicemos cuál es entre las diversas variantes, la que se ha reflejado normalmente en el derecho de defensa de la competencia mercantil.

### 1.- Posiciones sobre el problema en los comienzos del capitalismo maquinista.-

Es curioso señalar cómo ADAM SMITH, primer teórico de la escuela clásica y liberal, partidario de un mundo atomístico de pequeñas empresas y enemigo implacable de las decadentes Compañías Reales, que aún poseían el monopolio legal del comercio con las colonias, fue quien brindó, tal vez fortuitamente, el argumento práctico y funcional, que siempre se adujo y se sigue aduciendo, para justificar todo proceso concentrador. En efecto, el autor de la "La Riqueza de las Naciones" llega, en su plástica descripción de una fábrica de alfileres como ejemplo de una adecuada división del trabajo, a una consecuencia neta: es precisamente el hecho de que cada operario realiza una operación distinta -uno, la de estirar el alambre; otro, cortarlo; un tercero, afilarlo, y un cuarto, blanquearlo y prenderlo en los papeles-, lo que hace posible que se fabriquen cuarenta y ocho mil alfileres al día, rendimiento que no se habría podido imaginar si cada uno de los obreros hubiese emprendido por sí mismo "el importante asunto de la fabricación de un alfiler".

El profesor de Glasgow concluía que el aumento de producción por hombre empleado dependía del grado de división del trabajo.

Como ocurre a todos los iniciadores o doctrinarios de una corriente más o menos innovadora, ADAM SMITH dejó indicados problemas y derivaciones que más tarde otros se encargarían de concretar y resolver.

En el caso de la fábrica de armamentos, se imponía una segunda consecuencia, que SMITH probablemente no llegó a vislumbrar: que cuanto mayor sea la empresa, más y mejor se podrá dividir y especializar el trabajo, con lo cual el aumento de la productividad (relación por cociente entre producto obtenido y cantidad de factor empleado) estará en proporción directa con el tamaño de la planta industrial (38).

La primera mitad de la centuria pasada no dejó de ser un período interesante, como época de transición, por la lucha dramática entre dos tipos de organización productiva: el taller artesano tradicional, generalmente asociado al régimen de trabajo a domicilio, y la naciente fábrica maquinista, que empleaba un número cada vez mayor de asalariados, si bien en 1.850 cabía afirmar que en Inglaterra, adelantada de la Revolución Industrial, preponderaba la gran empresa capitalista. En el resto de Europa hubo que esperar al último tercio del siglo para que las estructuras alcanzasen ese nivel.

Mientras tanto, cristalizaban en el sector financiero y bancario grupos que, no satisfechos con la especulación bursátil, promovían sistemáticamente negocios industriales de todo género (uno de los más rediticios, y el más determinante para el desarrollo económico general, la construcción de ferrocarriles). Los frecuentes abusos, escándalos y quiebras provocados por sociedades constituidas al amparo de permisos o licencias gubernativas especiales, reavivaron en el público los reflejos de hostilidad y temor heredados de la época de las Compañías Reales, que el triunfo del liberalismo político y económico había disuelto definitivamente. Pero nada ni nadie impidió que se consolidase una evolución inherente a la lógica del sistema capitalista. Los grupos financieros surgían uno tras otro, extendiéndose imperturbablemente. Es la época en que los "Cinco señores de Francfort"

---

(38) revista mensual de Información Comercial Española, número de febrero de 1.961: "Empresa grande o pequeña? Un dilema grave ante el desarrollo económico" (sin firma), págs. 15-43.

fundan en las mayores capitales de Europa los bancos que harán del nombre de ROTHSCHILD el símbolo del poder financiero (39). Simultáneamente, en Inglaterra, perdían terreno los bancos privados y cundían las sociedades bancarias.

El año 1.819 partea la primera crítica que podríamos llamar "revisionista" dentro de la escuela liberal. El ginebrino SISMONDI publica, tras una estancia en Inglaterra, sus "Nuevos principios de Economía Política. La riqueza en sus relaciones con la población", afirmando en ellos que el optimismo de ADAM SMITH y DAVID RICARDO sobre el sistema de mercado libre y competitivo a base de numerosos participantes que se equilibran mutuamente, ha sido desmentido por los hechos, y que, por el contrario, se han demostrado tres realidades: primera, que la libre competencia no produce, como sostienen los liberales, armonía de intereses e igualdad de condiciones, sino concentración de fortunas; segunda, que esta concentración produce, consecuentemente, superproducción y crisis, y tercera, que lejos de mejorar la situación de la clase obrera, el desarrollo de la gran industria no hace más que agravarla. Interesa subrayar que, sin ser en absoluto un revolucionario, antes bien un liberal convencido, partidario de una sociedad de pequeños propietarios agrícolas y enemigo del maquinismo, SISMONDI denunció, antes que nadie, una tendencia sostenida del capitalismo a la concentración en unas cuantas fortunas, a la que atribuía los fallos y crisis del sistema. Su tesis tiene, pues, valor de visión precursora.

Ahora bien, era en el naciente pensamiento socialista donde sonaba, aguda y reiterativa, la objeción al capitalismo absorbente. Como ha señalado WERNER SOMBART (40), "el primer escritor social de categoría que agrupa todos sus estudios, de contenido tanto teórico como práctico, en torno al problema de la concentración es, sin duda, LOUIS BLANC. Su obra sobre la Orga-

(39) "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", Buenos Aires, 1.950, pág. 26, de GEORGES RIPERT.

(40) W. SOMBART, "El apogeo del capitalismo", pág. 300.

se sabe, de modelo a MARX para su Manifiesto Comunista..." Cabe distinguir también la aportación de CONSTANTIN PECQUEUR (Théorie nouvelle d'Economie Politique et Sociale, 1.842), y sobre todo la obra, no por desordenada menos original y sugestiva, de PIERRE-JOSEPH PROUDHON (1.811-1.865), quien desde muy pronto denunció los peligros monopolísticos de los núcleos de poder económico: "Francia será entregada al monopolio de las Compañías... Tejidos, hierros, granos, azúcares, sedas, todo está en cauce de monopolio"(41)

En su obra "Du principe fédératif" (1.863) decía PROUDHON: "Especuladores... logreros, cazadores de acciones industriales... enfeudados a la bancocracia... para consolidar el monopolio y precaverse, al mismo tiempo, contra la competencia, no dejarán de organizar, si no lo han hecho ya, una asociación monstruo, donde se encontrarán fusionadas la burguesía capitalista... y la multitud accionista... Asociar en una vasta solidaridad anónima los capitales de todos los países, esto es lo que se llama acuerdo de intereses, fusión de nacionalidades..."

Sin embargo, el célebre panfletario, propagandista del socialismo federativo y mutualista, no era un iluso ni un nostálgico de la empresa familiar. Creía, por el contrario, firmemente, que el agrupamiento era condición sine qua non del progreso económico: "Lo que está pasando ante nuestros ojos en los ferrocarriles, la navegación, las instituciones de crédito, etc. demuestra que el porvenir,... es de los grandes capitales. Por grandes capitales no entendemos precisamente las fortunas cuantiosas..... Nos referiremos a las grandes empresas, a las cosas hechas en gran escala, masivamente, y que requieren la comandita y la asociación... Hemos llegado a una época en que la acción individual necesita, para desarrollarse, buscar apoyo en el grupo, en la solidaridad de los intereses; y hasta cierto punto, en su cen-

---

(41) "Carnets de lecture", 4 de septiembre de 1.852. Citado por el volumen "Proudhon- Œuvres choisies", de GALLIMARD, colección "Idées", París, 1.967, página 50.

de las fuerzas individuales esté agrupada, que forme por su unión organismos ... poderosos, enlazados entre sí"(42).

Así, pues, a mediados del siglo XIX eran ya muchas las voces sobre el agrupamiento o simplemente crecimiento de los capitales en grupos o consorcios de envergadura desproporcionada al conjunto de las unidades productivas, y por eso mismo temibles para la economía de mercado, si bien nadie formulaba una explicación orgánica, un estudio analítico global. El mismo PROUDHON ("el pensador más audaz del socialismo francés", dixit el joven MARX, que no tardó en hacerse su enemigo irreductible) no llegó a definir las leyes o a concretar la forma del proceso. El paso decisivo estaba reservado a CARLOS MARX, fundador del socialismo científico, cuyo planteamiento se detalla a continuación.

## 2.- La tesis marxista de la concentración acumulativa e irreversible del capital.-

En el "Manifiesto Comunista" (enero de 1.848), MARX y ENGELS aluden ya al devenir aumentativo de la empresa industrial. Después de repasar los grandes acontecimientos económicos de la Edad Moderna, desde el descubrimiento de América hasta la energía de vapor y el empleo de maquinaria, dicen: "El lugar de la manufactura fue ocupado por la industria gigante y moderna; el puesto de la clase media industrial, por millonarios de la manufactura, caudillos de ejércitos industriales enteros, burgueses modernos..... La burguesía sigue liquidando el estado de dispersión demográfica de los medios de producción y de la propiedad. Ha aglomerado la población, centralizando los medios de producción y concentrando la propiedad en unas cuantas manos..."

### a) La Ley de "concentración".-

Años después y desde Londres, adonde había huido y donde residió hasta su muerte, en 1.883, MARX pudo observar la vida

(42) "Des réformes à réaliser dans l'exploitation des chemins de fer", cit. por el volumen "Proudhon", de GALLIMARD, pág. 117.

industrial inglesa y formuló una serie de conclusiones dogmáticas y universales en su obra cumbre "El Capital" (Primera edición, 1.867). Partiendo de la premisa de que, por una parte, aumentaba el capital constante en relación al variable, y por otra, se incrementaba la porción fija del constante (edificios y máquinas) en proporción a las materias semielaboradas y auxiliares, el autor escribe (tomo I):

"Todo capital individual es una concentración (reunión en una sola mano) mayor o menor de medios de producción con el dominio correlativo sobre un ejército de trabajadores más o menos numeroso, y toda acumulación se convierte en el medio de una nueva acumulación, ampliando, al aumentar la masa de la riqueza que funciona como capital, la concentración de éste en manos de capitalistas individuales, y dilatando así la base de la producción en gran escala y de los métodos específicos de la producción capitalista. Si se suponen constantes las demás circunstancias, los capitales individuales, y con ellos la concentración de los medios productivos, aumentan proporcionalmente a la parte alícuota que representan del capital global de la sociedad".

En estas líneas da MARX la definición originaria de "concentración", centrando el concepto, como indica la crítica contemporánea, en el aspecto específico de acrecentamiento de fortunas o patrimonios personales (Vermögenskonzentration), es decir, en el hecho de que la propiedad (en sentido propio) de los medios productivos anida paulatinamente en manos de un número cada vez menor de personas (43). Ahora bien, el pasaje transcrito apunta como consecuencia inmediata el incremento de la escala técnica de producción, aspecto en el que, como veremos, se fijan actualmente las definiciones estrictamente estadísticas del fenómeno.

MARX continúa:

"Al mismo tiempo, se desgajan diversas ramas de los capitales originarios (Originalkapitale) y se ponen a funcionar como capitales independientes, a lo que contribuye en gran medida la partición de las fortunas dentro de las familias capitalistas. Dos puntos caracterizan esta forma de concentración, que descansa inmediatamente en la acumulación, o, más bien, es idéntica a ella: en primer lugar, la creciente concentración de los medios productivos sociales en manos de los capitalistas individuales está limitada -si no varían las demás condiciones- por

(43) KEISER, "Die kapitalistische Konzentration", pág. 11. Berlín, 1.931. Citado por HANS OTTO LENEL, "Die Ursachen der Konzentration", pág. 1, ad notam, Tübingen, 1.962, J.C.B. MOHR.



la parte del capital social que corresponde a cada sector particular de la producción se divide entre muchos capitalistas que se enfrentan mutuamente como productores de mercancías, que compiten entre sí... Por un lado, la acumulación incremental, pues, la concentración de los medios productivos, y por otro, funciona como elemento de repulsión mutua de muchos capitales individuales".

Fácilmente se aprecia que el texto reconoce expresamente la existencia y funcionamiento de dos tendencias, una centrípeta, otra centrífuga, en la propiedad de los medios de producción. De todos modos, la mayoría de los marxistas actuales interpreta que en el espíritu del autor parece prevalecer el signo aglutinador sobre la subdivisión (44).

Ahora bien, lo esencial para nosotros es que del pasaje transcrito derivan las definiciones que hoy se consideran como rigurosamente ortodoxas, a saber, la tendencia constante al incremento de la envergadura de la empresa como unidad técnica de producción. Así, el Dictionnaire des Sciences Economiques (París, P.U.F., 1.958) caracteriza la concentración como "tendencia al aumento de la dimensión media de las empresas" (45), y en esta línea se encuentra el Manual de Economía Política redactado por el Instituto de Economía de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética: "Se llama concentración del capital el incremento de éste por acumulación de la plus-valía creada en una empresa determinada (46). Este es también el concepto restringido y "estadístico" al que antes aludíamos.

#### b) La centralización del capital.

Ahora bien, el máximo adversario del capitalismo no se limita a denunciar una presunta línea de crecimiento acumu-

(44) Así, PAUL M. SWEEZY, "Teoría del Desarrollo Capitalista", conjetura que en el pensamiento de MARX, "a pesar de tendencias contrarrestantes (por ejemplo, la división del patrimonio por herencia, etc.), la concentración sería suficiente, sin duda, para provocar un aumento continuo en la escala de la producción y una tendencia, al menos en algunas direcciones, a la limitación de la competencia".

(45) Noción copiada literalmente de GAETAN PIROU, "Traité d'Economie Politique", París, 1.938, como el propio Diccionario advierte.

(46) Cid. por HENRI CLAUDE, "La concentration capitaliste", página 7. París, 1.965, éditions sociales.

lativo del capital en manos de sus poseedores, sino que formula una ley de signo opuesto a la tendencia de repulsión competitiva. Es la ley por él llamada "centralización del capital":

"Esta división del capital total de la sociedad en muchos capitales individuales o la repulsión mutua entre sus fracciones es contrarrestada por su atracción. No se trata ya de una simple concentración, idéntica a la acumulación.... Se trata..... de la expropiación de los capitalistas por otros capitalistas, de la transformación de muchos capitales pequeños en unos cuantos de grandes dimensiones. Este proceso difiere del anterior en que sólo supone un cambio en la distribución del capital ya existente; su campo de acción no se ve, pues, limitado por el crecimiento absoluto de la riqueza social, por los topes absolutos de la acumulación. El capital se convierte en un lugar en una gran masa única controlada por una sola mano, porque en otro lugar lo han perdido muchas manos. Esta es la centralización propiamente dicha, distinta de la acumulación y de la concentración."

Estas líneas señalan un proceso ineluctable de ruina de la mayoría en provecho de una minoría exigua que absorbe la masa de los medios sociales de producción. MARX se limita a los rasgos generales:

"El combate de la competencia se libra mediante el abaratamiento de las mercancías. La baratura de las mercancías depende, ceteris paribus, de la productividad del trabajo, y ésta depende, a su vez, de las dimensiones de la producción. Por consiguiente, los capitales más grandes derrotan a los más pequeños. Hay que recordar también que, con el desarrollo del modo de producción capitalista, se incrementa la cantidad mínima de capital individual que se necesita para explotar un negocio en condiciones normales.... La competencia actúa aquí en razón directa al número y en razón inversa a las magnitudes de los capitales antagonistas. Y siempre termina con la ruina de muchos capitalistas pequeños; sus capitales pasan, en parte, a manos de sus vencedores, y en parte desaparecen pura y simplemente".

Ahora bien "El Capital" señala otros medios de centralización, tan poderosos como la competencia o más:

"Además, de esto, con el modo de producción capitalista entra en juego una fuerza totalmente nueva: el sistema de crédito... En un principio, ..... era un modesto auxiliar de la acumulación, dedicado a atraer por una serie de hilos invisibles los recursos monetarios esparcidos por toda la sociedad y a ponerlos en manos de los capitalistas individuales o asociados. Pero muy pronto se convirtió en una nueva y formidable arma en la lucha competitiva, y, finalmente, se ha transformado en un inmenso mecanismo social para la centralización de los capitales".

Así resumía MARX sus conclusiones:

"La competencia y el crédito, las dos palancas más poderosas del capitalismo, se desarrollan a medida que se desarrollan también la producción y la acumulación capitalistas. A la vez, el progreso de acumulación incrementa la materia centralizable, es decir, los capitales individuales, y la expansión de

medios técnicos para aquellas empresas industriales gigantes cuya viabilidad depende de una centralización previa de los capitales... Ahora bien, mientras la expansión y la energía relativas del movimiento de concentración están determinadas, hasta cierto punto, por la superioridad del mecanismo económico, es un hecho que el progreso de la centralización no depende en absoluto del aumento positivo del volumen del capital social. Aquí radica la diferencia entre centralización y concentración. La centralización puede tener lugar con un simple cambio en la distribución de los capitales ya existentes... En este caso, el capital puede acumularse masivamente en una sola mano, alejándose de muchas otras. La centralización en un ramo determinado de la industria alcanzaría su límite si todos los capitales invertidos en él se fundiesen en uno sólo. En el marco de una sociedad determinada, este límite sólo se alcanzaría si todo el capital social se encontrase en manos de un solo capitalista o de una sola empresa".

En definitiva, MARX concede más valor a la centralización que a la concentración en la dinámica de las estructuras capitalistas, por no estar la primera limitada, como la segunda, por topes cuantitativos de orden macroeconómico, y asimismo porque es el primer proceso, más aún que el segundo, el que, al menos teóricamente, acarrea en última instancia la muerte del sistema capitalista. De todos modos, importa retener que las consideraciones transcritas forman un todo indisoluble con los párrafos iniciales acerca de la acumulación, organicidad que se prefigura ya en el título del capítulo correspondiente: "El Proceso de acumulación del capital". La visión unitaria de todos los elementos y facetas descritos ha influido de manera decisiva en la interpretación del fenómeno concentracionista no sólo por la escuela marxista, sino también indirectamente por lo no marxistas.

### c) La asociación.-

De lo expuesto, podría deducirse la conclusión, no errónea en el fondo, pero sí parcial e insuficiente, de que la economía capitalista sólo es para MARX competencia radical, guerra sin cuartel. Sin embargo, el proceso centralizador tiene también facetas de naturaleza pacífica. En efecto, en el mismo capítulo de "El Capital" se dice:

"La centralización completa la obra de la acumulación al permitir que los capitalistas industriales amplíen la escala de

sus operaciones. El resultado económico es el mismo, tanto si se alcanza por vía de acumulación o de centralización, tanto si la centralización es por los medios de anexión violentos con que algunos capitales aplastan a otros, como si la amalgama de un cierto número de capitales ya existentes o en proceso de formación se lleva a cabo por la vía mucho más suave y llana de la constitución de sociedades anónimas..."

(Sigue el párrafo, muy conocido, sobre la gran aceleración que imprimió al desarrollo capitalista la extensión de las sociedades anónimas, fenómeno que hizo posible, entre otras cosas, la construcción de vías férreas en breves lapsos).

Pasaje muy significativo, pues implica que MARX reconoce, además de la competencia devoradora, un camino "mucho más suave y llano", o sea, la asociación de poseedores de medios productivos. Claro es que al final, como hemos visto, "el resultado económico es el mismo", o sea, aglutinamiento, por violencia o por concierto, de las masas de capital. Ahora bien, lo decisivo es, a nuestro entender, que la vía asociativa introduce un matiz inesperado en el planteamiento primitivo, pues no es ni puede ser lo mismo llegar al estadio final de la reunión de capitales por la destrucción violenta de todos los competidores menos uno o dos, que alcanzarlo por acuerdo o convenio libre de los propios capitalistas. Quizás esta segunda modalidad centralizadora, poco compatible, por otra parte, con las premisas de un sistema competitivo, o sea, con el principio de pugna permanente entre las fuerzas del mercado, contenía el germen de la tendencia contemporánea de un gran sector de la teoría económica a extender el concepto de concentración desde su acepción restringida de "incremento de la escala de producción" al montaje de vastos complejos de capital por vía asociativa.

### 3.- Evolución posterior del concepto.-

No tardaron los economistas, como tenía que ocurrir, a medida que se hacía más complejo el sistema capitalista, en introducir adiciones, matices, a veces importantes inflexiones de orientación, en el esquema originario. Al principio, la contribución principal fue aportada lógicamente por los discípulos de

MARX, pero más tarde, concretamente a partir de 1.930, también los adeptos de la doctrina liberal y, en definitiva, el conjunto de la escuela no marxista, empezaron a investigar sistemáticamente el fenómeno, en vista de sus proporciones aumentativas y de su incremento galopante. Anticipemos que la historia del estudio científico del proceso indicado ha sido una vasta tendencia de extensión conceptual. De la primitiva idea explanada en "El Capital" se ha pasado gradualmente a definiciones cada vez más amplias y ambiciosas, sin perjuicio de que la noción de MARX siga siendo válida no sólo como punto de referencia, sino, incluso, como módulo científico para la Teoría Económica o la Estadística.

a) Las aportaciones del pensamiento marxista ortodoxo.-

El primer jalón fue plantado por un marxista británico, JOHN A. HOBSON, en su "Evolution of modern capitalism" (47), cuyos capítulos V, VI, VII, VIII y IX desarrollan, con notable pragmatismo y riqueza de datos estadísticos, los aspectos de centralización y agrupamiento colusivo denunciados o entrevistos por "El Capital" treinta años antes. Es ilustrativo el capítulo V ("Tamaño y estructura de la empresa moderna"), que analiza la "concentration" en los principales sectores de la economía del Reino Unido, para sentar matizadas conclusiones a las que nos referiremos más adelante. Pues bien, en los primeros párrafos, se define el proceso (aunque no se cite el vocablo entrecomillado, que no aparece hasta el epígrafe cuarto) como "tendencia general a la formación de unidades empresariales mayores, donde el capital desempeña un papel relativamente más importante que el trabajo (labour) y que tienden a desplazar la competencia mediante diversas formas de pactos de negocios (trade agreement) o fusionándose (amalgamation)" (48).

(47) Primera edición, Londres 1.896. Manejamos la de 1.906, edit. Allen and Unwin.

(48) JOHN A. HOBSON, "The evolution of modern capitalism", cap.V, pág.113. Londres 1.906, edit. Allen and Unwin.

Del pasaje transcrito cabe deducir, cotejándolo con "EL CAPITAL", diversas consideraciones: en primer término, HOBSON se fija en el fenómeno primario observado por MARX, o sea, el aumento del tamaño medio de la empresa (49). Hasta aquí no hay novedad. Pero el autor relaciona, en segundo lugar, con aquella tendencia otro aspecto: la disminución del número de competidores en un sector determinado, es decir, lo que MARX había definido no como concentración stricto sensu, sino como "centralización del capital"; en tercer lugar, se denuncia como consecuencia directa, inmediata, del crecimiento de las empresas el movimiento de concierto y asociación (combination) entre las firmas sobresalientes, incluso la integración total, hasta que por fin "se desplaza la competencia". Estos dos últimos aspectos (mengua del número de rivales en presencia, y amalgamas o pactos entre antagonistas) pasan virtualmente a configurarse, aunque no se diga, como variables dependientes del agrandamiento de la dimensión empresarial; en otras palabras, la dimensión creciente cobra rango prioritario, y en función de ella se explica lo demás.

La segunda etapa fue quizá la aportación de RUDOLF HILFERDING en su obra "El capital financiero" (Das Finanzkapital), que, publicada en Berlín en 1.910, sigue siendo hoy uno de los jalones del pensamiento socialista, porque fue el primer ensayo que formuló orgánicamente las leyes de relación entre el capitalismo industrial y el bancario como motor de la economía capitalista.

Aunque HILFERDING no se propuso como centro de su investigación analizar el proceso concentrador ni tampoco definirlo, hizo observaciones no por incidentales menos ilustrativas. Así en la Introducción dice: "Con la intensificación de la concentración industrial se entrelazan, cada vez más, las relaciones entre el capital bancario y el industrial, hacién-

---

(49) Vide supra, pág.69.

tal como culminan en los cárteles y en los trusts". Aquí parece apuntar cierta inclinación a englobar en el primitivo concepto los diversos supuestos de convenios, pactos, acuerdos y uniones o asociaciones de empresas. Ya dentro del cuerpo del estudio (capítulo XI, "Obstáculos a la nivelación de las tasas de beneficios y superación"), después de largas páginas sobre las "uniones de empresas" en general y el papel de los bancos como factor que "acelera y facilita el proceso", se dice a modo de resumen: "Se anticipa el resultado de la lucha competitiva. De un lado, se ahorra así la destrucción inútil y el despilfarro de fuerzas productivas. Pero de otro, no resulta aquella concentración de la propiedad que era el resultado de la lucha de competencia. No es expropiado el propietario de la otra fábrica. Tenemos concentración de establecimientos o de empresas sin concentración de propiedad. Al igual que en la Bolsa tiene lugar la concentración pura de la propiedad sin concentración de empresas, sucede ahora en la industria una concentración de empresas sin concentración de la propiedad, expresión manifiesta de que se ha separado cada vez más la función de la propiedad de la función de la producción".

El texto revela una evolución importante. El pensamiento del socialismo ya no enfoca exclusiva o primariamente el incremento de la empresa o del aglutinamiento patrimonial, sino que se extiende al estudio del lado funcional, es decir, de la reunión más o menos colusiva de unidades económicas teóricamente independientes, con lo que, dicho sea de paso, se denomina "concentración" a una parte sustancial de lo que MARX entendía por "centralización".

En punto a formas concretas del fenómeno, distingue HILFERDING, fundamentalmente, comunidad de intereses y fusión. La primera es un simple acuerdo entre empresas que conservan nominalmente su independencia; la segunda, una verdadera inte-

gración. Tanto una como otra pueden ser "parciales", es decir, sin perjuicio de que subsista la libre competencia en el sector, o "monopolísticas". Pueden ser, además, homogéneas, esto es, entre empresas del mismo ramo, o combinadas, o sea, referirse a sectores complementarios o distintos. Los ejemplos típicos de comunidad y fusión son, respectivamente, el cártel y el trust, cuando se trate de uniones con miras monopolistas. Por lo demás, HILFERDING establece en el capítulo XII, titulado "Cárteles y trusts", una clasificación bastante detallada de estas modalidades, por orden de menor a mayor intensidad en sus efectos restrictivos de la competencia: el simple pacto sin formalidades o "gentlemen' agreement"; el cártel con organización común de ventas; el cártel con poderes directivos sobre la política de mercado en las empresas componentes y, por fin, la fusión.

El interés jurídico del análisis reside en que la dicotomía comunidad de intereses-fusiones ha sentado los cimientos de una serie de clasificaciones posteriores, casi todas ellas de juristas, en que se parte precisamente de dos supuestos fundamentales: la asociación de empresas distintas y la amalgama unificadora.

La tercera etapa, quizá la decisiva, fue la obra de LENIN "El imperialismo, estadio supremo del capitalismo"(1.916), que define el proceso con un contenido amplísimo, desde el hecho de concentración stricto sensu, según la acepción primitiva, hasta la tendencia global "centralización del capital", englobando, incluso, fenómenos tan distantes, conceptualmente hablando, como el reparto de mercados nacionales e internacionales entre los cárteles y grupos financieros de los países industriales. LENIN asimila, pues, la idea a un movimiento de conjunto que comprende todos los aspectos tratados



En rigor, el planteamiento leninista completa y cierra el ciclo de la doctrina socialista sobre el concepto de concentración. Las investigaciones posteriores de los marxistas occidentales (PAUL A. BARAN y PAUL M. SWEEZY, con su "Monopoly capital"; PAUL A. BARAN, en su "Teoría del desarrollo capitalista") han explanado otros aspectos, entre ellos la supuesta evolución monopolística del capitalismo, es decir, han tratado de interpretar el desenvolvimiento histórico del proceso, pero no han buscado innovar el contenido ni la forma de la noción básica.

b) La crítica revisionista.-

Antes de pasar al pensamiento económico que podríamos llamar, grosso modo, liberal u occidental, más por oposición al marxismo que por exactitud calificadora, puede ser interesante evocar la posición crítica de WERNER SOMBART, que a principios de siglo fue, con su "Der moderne kapitalismus" (1.900), uno de los puntales de la escuela marxista, pero que más tarde rompió con ella para convertirse en uno de los paladines del socialismo nacional. En su "Apogeo del capitalismo" (1.927), tacha SOMBART el "concepto marxista" de poco claro y simplista, afirmando

(50) "Las agrupaciones de monopolios capitalistas -cárteles, sindicatos, trusts- se reparten en primer lugar el mercado interior, asegurándose la posesión más o menos absoluta de toda la producción del país. Pero en este régimen capitalista el mercado interior está necesariamente vinculado al mercado exterior... Y, a medida que crecía la exportación de capitales y se extendían... las relaciones con el extranjero y las colonias, así como las zonas de influencia de los mayores agrupamientos monopolísticos, las cosas iban "naturalmente" hacia un concierto universal de estos últimos, hacia la formación de cárteles internacionales.

Este nuevo grado de concentración del capital y de la producción a escala del mundo entero es infinitamente más elevado que los anteriores".

(Citado por HENRI CLAUDE, La concentration capitaliste, páginas 7-8, París, 1.965, Editions sociales).

la necesidad de "delimitarlo frente a manifestaciones de desarrollos afines que se deben, sin embargo, a causas diferentes".

SOMBART distingue tres planos o esferas de manifestaciones concentradoras: el de las fortunas, el de las estructuras empresariales y, por fin, el del poder de algunas personas, es decir, la "esfera de influencia de los ricos." De entrada deja al margen de su análisis el primer y el tercer aspecto, arguyendo, por una parte, que la "concentración de fortunas"... no siempre coincide exactamente con la concentración de empresas", y por otra, si bien con la "concentración de poder" pueden ser afectados determinados intereses económicos, lo cierto es "con ella no existe sin más una concentración de empresas". Esta última sólo existe "cuando se reúnen una serie de procesos económicos por una voluntad unitaria en una sola unidad de acción", fórmula "flexible y amplia" que, según el autor, tiene la ventaja de que permite abarcar "aquellas agrupaciones que se extienden más allá de la unidad económica jurídica -la empresa independiente- y que están representadas por la forma que denominamos konzern". SOMBART concluye: "Sólo podremos hablar, pues, de una nueva unidad económica cuando exista un plan unitario para la dirección de la economía (51)

Es sugestivo el deslinde que traza SOMBART entre "concentración" y otras acepciones que, según él, se emplean erróneamente como voces sinónimas. Según él, hay que distinguir, en efecto:

- 1.) En sentido impropio, la simple "ampliación de una empresa", es decir, el nacimiento de empresas mayores. SOMBART rechaza el concepto, "porque, desde el punto de vista de cada empresa, no podemos formarnos una idea cabal de la concentración", cosa que es factible sólo desde el punto de vista de la producción total. Esto nos lleva a

---

(51) "El apogeo del capitalismo" (Fondo de Cultura Económica), México, 1.946, página 302.

2.) El sentido amplio, que se refiere a la ampliación de la importancia relativa de las categorías superiores de empresas en la producción total de un sector, sin limitar el área de actividad de las más modestas (52); en cambio,

3.) el sentido propio y estricto es el de "ampliación de las grandes empresas a costa de las más pequeñas (en el fondo, observamos que se trata de lo que MARX llamaba "centralización").

El mérito del análisis radica, sobre todo, en haber señalado que el concepto que nos ocupa no puede concebirse de modo absoluto, como simple incremento aritmético de unas magnitudes o dimensiones empresariales, sino de manera relativa, es decir, comparando el tamaño de la empresa con el del mercado donde opera y teniendo en cuenta el número total de competidores. Esto es lo que importa, y no el mero dato del tamaño fabril o económico.

c) El planteamiento liberal.-

En los economistas "occidentales", el enfoque del concepto ha sido prácticamente el mismo, observándose idéntica tendencia a ensanchar el ámbito de la acepción originaria.

Desde el siglo XIX, los continuadores de la escuela clásica (ALFRED MARSHALL, entre otros) estudiaban el proceso orgánico de la economía capitalista en sus repercusiones sobre la estructura y forma de los mercados, y una de las facetas esenciales que observaron era, naturalmente, la tendencia aglutinadora de vastos complejos productivos. Ahora bien, hubo que esperar a la década 1.930-1.940, concretamente a la Gran Depresión

---

(52) Así también GUNZERT ("Was ist Konzentration", Francfort, 1.960): "Proceso por el que en el curso del tiempo se manifiesta un incremento del porcentaje de producción de las categorías dimensionales superiores de establecimientos o de empresas". Es una definición típicamente estadística (cit. por HANS OTTO LENEL, "Ursachen der Konzentration", pág. 5).

o "krach" iniciada en los Estados Unidos y repercutida en Europa, para que la ciencia económica no marxista se decidiese a investigar concienzudamente los fenómenos de gigantismo industrial y financiero como obstáculos al dinamismo del mercado, y más aún, como poderes políticos que mediatizaban la soberanía estatal.

Obra capital del período es quizás el estudio conjunto de ADOLF A. BERLE Y GARDINER MEANS "The modern corporation and private property" (1.932), que, partiendo del hecho estadísticamente demostrado de que en 1.930 las doscientas mayores sociedades norteamericanas controlaban el 49,2% de toda la riqueza perteneciente a compañías (excluidos los bancos), mientras la otra mitad estaba en manos de trescientas mil sociedades de tamaño inferior, formulaba unas profecías alucinantes sobre el ritmo de aglutinamiento previsible para los treinta o cuarenta años siguientes (53). No era una novedad, pues no pocos autores, empezando por MARX, habían entrevisto o conjeturado la evolución de las mayores sociedades por acciones hacia una oligarquía plutocrática. La originalidad del planteamiento radicaba en que, a diferencia de las teorías marxistas, BERLE Y MEANS no atribuían el poder de dominio a la propiedad de masas ingentes de capital, sino al control efectivo de las mayores compañías por equipos técnicos de administradores y directivos, los cuales no poseían, las más de las veces, una sola acción o, a lo sumo, una parte ínfima: "La concentración de poder económico separado de la propiedad ha creado de hecho imperios económicos y entregado a estos imperios en manos de una nueva forma de absolutismo, rebajando a los "propietarios" a la situación de quienes suministran los medios por los cuales los nuevos príncipes pueden ejercer su poder".

Lo paradójico del fenómeno era que, según los autores, "paralelamente a la concentración económica se ha manifestado, como causa y consecuencia al mismo tiempo, una dispersión cada vez mayor de la propiedad de las acciones", proceso que, según

---

(53) Hay traducción italiana con el título "Società per azioni e proprietà privata", Turín 1.966, Edit. Giulio Einaudi, 367 páginas.

y MEANS demostraban estadísticamente cómo a las mayores compañías anónimas correspondían los más altos coeficientes de atomización del capital (54). Consiguientemente, BERLE y MEANS añadían a los tipos de control clásico, basados en la propiedad, dos nuevas categorías, fundadas en factores "extrajurídicos", en situaciones fácticas: por un lado, el control de "minoría", es decir, el del accionista minoritario que sabe atraerse a la masa de tenedores de títulos y conseguir las delegaciones de voto necesarias, supuesto que en realidad era intermedio a la figura convencional del dominio jurídico y del poder puramente político, y por otro lado, el "control de administración", que es el ejercido por directivos o consejeros que ni siquiera participan en el capital, o que, a lo sumo, poseen una insignificancia (55).

Desde el punto de vista conceptual, el mérito esencial del estudio fue la explicación in extenso de una faceta entre vista, incluso parcialmente estudiada, por los marxistas, a saber la reunión del poderío económico como escalón superior al simple aglutinamiento empresarial al aumento de la dimensión fabril. Igualmente se les debe el haber sistematizado, ya que no descubierto, el concepto de "control", esto es, de dominio político de la gran sociedad por acciones, como elemento básico de las estructuras jurídico-económicas del capitalismo contemporáneo. De ahí que, si bien no contiene definición alguna del proceso concentrador en abstracto, el estudio de referencia constituya, a nuestro juicio, un eslabón en la cadena discursiva que arranca de CARLOS MARX y llega a los planteamientos contemporáneos. Es más, uno de los criterios de los diversos ordenamientos actuales para la definición del dominio del mercado y de las operaciones de amalgama

---

(54) "The modern corporation and private property", capit. IV.

(55) Por ejemplo, en la Pennsylvania Railroad, no había un solo paquete que llegase al 1% del capital, y ninguno de los administradores era accionista. En las Telephone Co. y United States Steel los administradores eran titulares de una porción infima de los títulos.

de vastos complejos productivos es precisamente, según veremos, el "control de administración". Se trata, pues, de un sillar fundamental en el edificio del derecho de defensa de la competencia.

En los años posteriores no ha cesado la doctrina llamémosla "liberal" de añadir matices y variantes sugestivas, aunque no radicalmente nuevas, a la noción teórica. Así, el planteamiento de WALTER EUCKEN, paladín del neo-liberalismo alemán, en sus "Fundamentos de Política Económica" (1.950), configura la "economía de mercado" como red o tejido de "planes" de producción y consumo que, adoptados respectivamente por miles de empresas y de familias, se enfrentan, bien por oposición, bien por competencia, en un mercado libre, y terminan equilibrándose por el mecanismo de los precios. Pues bien, habrá concentración cuando se reduzca el número de planes que deciden y configuran, a la vez, el funcionamiento real de una economía de libre tráfico. Cuanto menor sea el número de planes, más habrá avanzado el proceso, en detrimento de la pureza y fluidez del sistema competitivo. (Lo ideal sería para EUCKEN, y en esto hay resonancias de ADAM SMITH, un mundo de empresas medianas, sin sociedades tentaculares ni grupos de ellas).

El interés y belleza formal del concepto de EUCKEN reside en la fuerza expresiva de la noción de "plan económico", es decir, unidad independiente, en un sistema de mercado competitivo ("economía de libre tráfico"). Lo que cuenta, en efecto, ya no es la propiedad o dominio jurídico de los medios productivos, sino la identidad de quienes detentan el poder efectivo de formular planes de producción y consumo, de inversión e intercambio. El criterio tiene, además, la ventaja de su sencillez, a saber, basta imputar los acuerdos o decisiones económicas a determinadas personas físicas o jurídicas, con independencia de los detalles de estructura técnica y orgánica. En realidad, la idea euckeniana se mueve, más o menos, en la lí-

nea del "control", característica de la visión contemporánea de la economía, para la que todo debe centrarse en el aspecto estratégico de las relaciones industriales y financieras, y es lógico que haya inspirado no pocos estudios de última hora sobre la concentración, especialmente en Alemania, bastión del neoliberalismo.

Esbozada la panorámica de las principales tendencias contemporáneas, conviene en seguida, por razones metodológicas, citar dos cuadros no menos recientes que sistemáticos de las diversas manifestaciones del proceso concentrador. Tiene uno de ellos por autor a un marxista; el otro, a un neoliberal que invoca el magisterio de WALTER EUCKEN. El primero es HENRI CLAUDE, con su "La concentration capitaliste" (París, 1.965, edit. sociales); el segundo, HANS OTTO LENEL ("Ursachen der Konzentration"). Escogemos representantes de escuelas opuestas no sólo por simetría expositiva, sino para ilustrar cómo, partiendo de fundamentos y premisas contrarios, entrambos pensamientos económicos han llegado; por lo que al fenómeno en cuestión se refiere, a conclusiones afines, en lo conceptual y en lo valorativo.

HENRI CLAUDE define el proceso como "movimiento que en el seno de la sociedad burguesa tiende de modo relativo y a veces absoluto (56) a reunir los elementos reproductores de la riqueza y el poder económico en un número de manos cada vez más reducido.

El proceso se desarrolla en tres planos, los cuales aparecen al mismo tiempo como grados de intensidad:

- concentración productiva o industrial;
- " del capital o financiera (57);
- " fuerza y poderío económicos.

---

(56) "De modo relativo (que es el caso más frecuente), cuando el número de poseedores de la riqueza social aumenta al mismo tiempo que crece la riqueza social, pero en menores proporciones, o cuando permanece estacionario mientras aumenta la riqueza social. De modo absoluto, cuando disminuye el número de poseedores de la riqueza social al mismo tiempo que crece ésta". (57) El autor posterga expresamente el término "centralización", como hacen otros marxistas contemporáneos, reservándolo para designar uno de los "medios principales" o caminos de concentración propiamente dichos. Es un nuevo ejemplo del proceso de extensión del concepto de concentración.

verticalmente. Es horizontal cuando se trata de empresas que producen el mismo artículo; vertical, cuando las empresas rinden u operan en distintos escalones de un mismo proceso técnico, desde la materia prima hasta el producto terminado, incluso hasta la fase de distribución comercial.

La financiera o de capital se exterioriza:

- por el crecimiento absoluto del capital propio de las diferentes firmas o empresas capitalistas;
- por incremento del capital controlado, ya no poseído, por una firma o empresa y por constitución de grupos de sociedades;
- por interpenetración del capital bancario y del capital industrial, es decir, por formación de lo que desde HILFERDING se llama "capital financiero".

La concentración del poder económico, resultado de los dos procesos anteriores, consiste en el control virtual por una empresa o grupo de empresas capitalistas de un sector determinado de la economía, y se manifiesta simultáneamente en dos planos:

- en el terreno económico, por la formación de monopolios y el nacimiento de uniones monopolísticas (tipo cártel o convenio);
- en el social, por la "formación de una aristocracia burguesa, la oligarquía financiera".

Como medios o "procedimientos concentradores", distingue HENRI CLAUDE:

= acumulación o financiamiento interior de la empresa;

= "centralización" o fusión; y

= control,

recordando que los dos primeros fueron ya estudiados por MARX, bajo los títulos respectivos de "concentración" y "centralización", mientras que el tercero pertenece a la época posterior que los marxistas suelen calificar de "capitalismo monopolístico".

La acumulación interna opera fundamentalmente por autofinanciación, rasgo característico de las grandes empresas de forma societaria.



La centralización se da, en primer lugar, por "acumulación externa", es decir, recurriendo la empresa al crédito bancario y al mercado de capitales y, en segundo lugar, por "fusión del capital social", que comprende cinco variedades: fusión, propiamente dicha; absorción; absorción de filiales; escisión-fusión, y aportación parcial de activos. En tercer y último lugar, el proceso centralizador cristaliza también en filiales comunes de dos o más compañías.

Por su parte, el control puede ser financiero o económico ("control por el mercado"). Aquél, o sea, la facultad de administrar el patrimonio social de una empresa, se ejerce, por un lado, en el interior de cada empresa capitalista, y por otro, por una empresa sobre otra. El control interno es el que ciertos grupos de accionistas ejercen sobre la sociedad anónima, mientras que se da otro control, llamado externo, concretamente el que una firma logra sobre otra adquiriendo participaciones de capital o consiguiendo que nombren consejeros de la segunda a los suyos propios, o bien, por último, a través de la producción y cambio de mercancías, y está íntimamente ligado al poderío económico, al poder de monopolio. Puede darse en forma de monopolio individual absoluto, o bien en forma de control común o conjunto. En este último supuesto, caben tres hipótesis básicas:

- especialización monopolística en un sector determinado sin previo acuerdo o agrupamiento; o bien

- consorcios, centrales de venta, asociaciones exportadoras o importadoras; o, en tercer lugar,

- cárteles (terminología alemana) o "ententes" (terminología francesa), es decir, prácticas concertadas por acuerdos entre empresas.

Desarrollemos ahora el esquema neoliberal de LENEL ("Die Ursachen der Konzentration", pág. 3 ). Estas son, según él, las modalidades de la concentración:

= Crecimiento de las plantas industriales, esto es, de las uni-

dades de producción;

== Crecimiento de las empresas como unidades jurídico-económicas, bien por creación de sucursales, bien por fusión o compra total o parcial de otras empresas;

== Desaparición de empresas por quiebra o liquidación, en la medida en que no sea compensada por el nacimiento de otras;

== Amalgama de empresas en konzernos y comunidades de intereses (Interessengemeinschaften), por contratos de compra o suministro a largo plazo, arriendo de empresas y otros pactos, a través de los cuales aquéllas abandonan de modo más o menos acentuado su independencia económica; y, por fin,

== Acumulación de facultades sobre empresas distintas, sin nexo de otra clase, por otra persona, a través, por ejemplo, de voca-  
lías en los respectivos Consejos de Vigilancia (Aufsichtsräte).

El primer fenómeno es, a juicio del autor, el más "perceptible", y el último, "el más difícil de reconocer". Más adelante LENEL justifica su enunciado contra la posible objeción de que es demasiado amplio: "Una reducción supondría, a mi parecer, prejuzgar el resultado de la investigación y no sería, por lo tanto, lícita. Si, por ejemplo, sólo se consideran como "concentración económica" procesos por los cuales la propiedad (en sentido jurídico) de personas físicas individuales aumenta a costa de la propiedad de otras, o más intensamente que la de otras, se excluyen de modo automático todos aquellos procesos por los que se altera el poder dispositivo sobre los medios de producción sin que se desplace sustancialmente el reparto de la propiedad... Esta concepción no es adecuada, porque separa procesos que tienen análogas causas y parecidos efectos económicos. La posición de mercado de una empresa y su influencia política casi nunca se ven influidas, o no lo son sustancialmente, por el número de los propietarios de participaciones sociales..."

En todo caso, el concepto no es tan extenso, a pesar de su amplitud, como el marxista, ya que se limita a los aspectos de la vida empresarial en sentido estricto y excluye las ma

nifestaciones de ese plano superior constituido por el poder "económico" o "financiero". Tampoco todas las facetas de la estructura, funcionamiento y relaciones de las empresas entran en el ámbito de la concentración, sino sólo aquellas que, o bien afectan a la magnitud relativa de la empresa en el mercado, a su existencia como tal unidad jurídica, a su independencia económica efectiva o a su estructura orgánica. No son, en cambio, para LENEL fenómenos concentradores los simples convenios o asociaciones entre empresas, es decir, los cárteles, a los que considera como "uniones de empresas que permanecen independientes, para restringir la competencia", mientras que la concentración implica, por esencia, la pérdida de la autonomía económica (y, a menudo, también de la jurídica (58)).

Abocamos a la misma conclusión que acarrea el estudio de la visión marxista: las nociones básicas siguen siendo formalmente válidas, constituyen el cimiento estadístico y técnico de toda investigación concienzuda, aparecen, incluso, en los manuales más difundidos y usuales de Economía Política, en los que se continúa definiendo la concentración como proceso de crecimiento del tamaño de las empresas y merma correlativa de su número (59), pero estos planteamientos no bastan. La realidad es que sociólogos y economistas ya no se limitan a computar los datos cuantitativos de envergadura industrial o la parte de cada firma en el volumen del mercado, sino que se extienden a todas las relaciones, ora contractuales, ora estructurales, que puedan darse entre los protagonistas.

La evolución podrá enjuiciarse positiva o negativa-

---

(58) LENEL, "Ursachen der Konzentration", págs. 93-94; sin embargo, se citan opiniones contrarias de otros autores alemanes. Así, KEISER, en "Die kapitalistische Konzentration" (Berlín, 1931), afirma que los cárteles son únicamente cambios en los métodos de concentración. Bien es verdad que se cita, igualmente, la opinión opuesta de LEHNICH, en "Die Wettbewerbsbeschränkung" (Colonia 1.956): "A pesar de puntos de contacto indudables, hay que atenerse a la realidad de que, en esencia, el movimiento de concentración y el de cárteles son cosas completamente distintas"

(59) Así, JEAN MARCHAL, en "Cours d'économie politique", tomo I, París, 1.950, pág. 438.

mente desde un punto de vista metodológico puro (y, en este sentido, nos inclinamos más bien por el planteamiento de SOMBART, que reduce la investigación al aspecto estricto de estructura empresarial), pero responde en el fondo a la vida económica del siglo XX, y sobre todo, a la tendencia actual de las ciencias sociales hacia esquemas generalizadores. Hoy ya no es la empresa aislada, grande o pequeña, sino el consorcio o agrupación, sea cual fuere su forma y estructuras, la figura típica del sistema llamado de libre empresa. Surge, consiguientemente, una perspectiva total que abarca fenómenos numerosos y no siempre homogéneos y que, con referencia al planteamiento originario, gana amplitud a costa de perder precisión y justeza conceptual.

Ojeadas las aportaciones fundamentales de economistas y sociólogos, que abastecen la materia prima de nuestro estudio, cedamos la palabra a los juristas, cuya misión consiste en modelar aquella sustancia, en un marco institucional y normativo.

#### 4.- El concepto en la doctrina jurídica.-

Se observa que, como indica CLAUDE CHAMPAUD (60), los juristas se refieren, en general, a un movimiento que acarrea la formación de unidades económicas cada vez más vastas, en el cual incluyen tanto las operaciones de crecimiento, por ejemplo, fundación de sucursales o fusiones, como las de integración radical (verbigracia, los grupos de sociedades) o flexible (ejemplo, las "ententes" o "cárteles").

##### a) La definición "amplia" del fenómeno.

Según ha dicho RODRIGO URÍA (61), "la realidad de la concentración es tan rica que parece desafiar los mil intentos de clasificación que han ensayado, con rendimiento poco halagüeño, juristas tan eminentes como LIEFMANN, PASSOW, HAUSMANN, SALANDRA, TCHERNOFF, etc." Sin embargo, especialistas apetentes de claridad y método han sugerido una distinción entre dos hipó-

---

(60) CLAUDE CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", página 5.

(61) RODRIGO URÍA, "Teoría de la concentración de empresas", Re-

tesis: una, las operaciones que se proponen acrecentar sensiblemente la envergadura y potencia de las empresas individuales o sociales y que conducen, por lo tanto, así al incremento de la dimensión de las "células fundamentales de la economía", como a la disminución de su número; otra, la formación de unidades mayores o de agrupaciones, bien por control orgánico de unas sobre otras, bien por acuerdos o convenios más o menos restrictivos de la competencia, una vez agotadas las posibilidades de crecimiento de la empresa individual. En el segundo supuesto, estamos ante el "grupo de empresas" o bien ante un cártel o entente (62). En realidad, FRANCESCO VITO tomó, adelantándose virtualmente, esta dirección (63), al definir en 1.939 la concentración como proceso que lleva al aumento de las unidades industriales (explotación y empresa) y al agrupamiento de éstas (empresa con varias explotaciones y grupos de empresas).

b) Referencia especial a la doctrina española.-

En la ciencia jurídica española, especialmente en el sector mercantilista, más atento a los problemas de estructura jurídica de las empresas, se han esbozado tentativas interesantes de análisis formal del fenómeno desde antes de la contienda civil. Así han hecho, entre otros, MUÑOZ CASAYUS ("La concentración de empresas", Revista Universidad, Zaragoza, 1.937), JOAQUIN GARRIGUES (64), ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR (65) y el citado URÍA (66), exponiendo posiciones ideológicamente análogas, si bien con matices diferenciales, e influidas fundamentalmente por las modernas directrices del Derecho mercantil en

(62) CLAUDE CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", página 3.

(63) FRANCESCO VITO, "Las uniones de empresas en la economía fascista", página 33, Traducción española Barcelona, 1.941, Editorial Bosch.

(64) GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", I, pág. 1.296, Madrid, 1.946, Edit. Revista de Derecho Mercantil, y "Formas sociales de uniones de empresas", en Revista de Derecho Mercantil, 1.947, pág. 51

(65) ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, "Formas de concentración y dominio de las empresas", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.949, página 415.

(66) Trabajo indicado sobre "Teoría de la concentración de empresas".

materia de sociedades, y del llamado "derecho económico", desarrolladas, sobre todo, en Alemania e Italia, durante el período de entreguerras.

El primer rasgo común de las contribuciones nacionales, aparte de su notable grado de síntesis descriptiva, es la amplitud de concepto. Así, GARRIGUES: "El movimiento de concentración capitalista se sirve de diversos instrumentos, cuya eficacia e intensidad son también diversas. La fusión representa el grado máximo de concentración, por cuanto implica la disolución de una o varias sociedades para dar vida a una nueva sociedad o para incrementar el patrimonio de una sociedad ya existente. Pero las sociedades pueden agruparse con fines de concentración sin pérdida de su personalidad jurídica, aunque siempre con mengua de su independencia económica. Para este supuesto, reservamos la denominación de "uniones o agrupaciones de empresas" (67). Importa retener (vide supra, pág.90) que el profesor de Madrid distingue, según parece, dos variedades fundamentales, una, de tipo netamente orgánico, que es la fusión, y otra, marcadamente contractual, que es la "unión o asociación". Entrambas constituyen, en definitiva, las dos posibilidades básicas que en 1.910 enunciaba HILFERDING.

Muy afín es la posición de ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, quien cita en primer lugar textualmente la distinción bipartita de WIELAND, en su "Handelsrecht" (68), entre "Cárteles" y "Sindicatos de empresas", por un lado, y "Concernos", por otro. "La oposición -explica WIELAND- entre ambos descansa frecuentemente tanto sobre la diferencia del fin como de la estructura interna. La concentración en escala ascendente va haciendo perder a las empresas su autonomía económica y jurídica". En el fondo, sigue siendo la distinción de GARRIGUES, o sea, lo orgánico frente a lo asociativo. Más adelante, sin perjuicio de describir las figuras

(67) GARRIGUES, en el "Tratado", pág. 1.296. En su trabajo, ya citado, "Formas sociales de uniones de empresas", reproduce literalmente el pasaje.

(68) WIELAND, "Handelsrecht" (Munich-Leipzig, 1.931), Edit. Duncker



se siente, naturalmente, inclinado a escoger el instrumento tradicional en el derecho privado: el contrato. "Mirada desde este ángulo, la concentración aparecería como una especie del concepto genérico del contrato, entendido al modo positivista como idea abstracta y universalmente válida capaz de dominar ..... la realidad entera del Derecho." Ahora bien, se trata de un "vano empeño", pues quedarían fuera todas las manifestaciones de la concentración que no tengan una base estrictamente convencional. El concepto serviría únicamente para las figuras basadas en un acuerdo o pacto convenido entre las empresas, y aun así "habría que romper el molde clásico del contrato y vaciar el concepto... -como hace, por ejemplo, ASCARELLI con referencia particular al cártel- en el molde ambiguo de un contrato innominado, normativo y plurilateral, que es la muestra más clara de la dogmática tradicional del contrato en esta materia"(69).

Tampoco ha sido satisfactorio el intento de fijar los fenómenos concentradores en la figura de la sociedad, pero esta noción sólo podría, si acaso, servir en los supuestos que la técnica alemana designa con el nombre de "Interessengemeinschaft" (literalmente, comunidad de intereses, o sea, acuerdo por el que dos o más empresas convienen repartirse al final del ejercicio económico los beneficios o pérdidas que hayan tenido como resultado de una política común de mercado). Pero, evidentemente, la idea de sociedad es incapaz de captar otras muchas variantes, porque, como apunta el preopinante, "la sociedad requiere, entre otras cosas, la constitución de un fondo común con ánimo de partir fu-

---

(69) URIA cita el siguiente pasaje de ASCARELLI sobre estos contratos: "..... constituyen un instrumento típico para la disciplina interna de las relaciones de grupo, mientras que el contrato de cambio no puede servir más que a la disciplina de las relaciones entre dos partes determinadas. En la economía moderna los individuos ya no se presentan aisladamente, sino encuadrados en categorías propias, y los contratos plurilaterales constituyen precisamente un instrumento jurídico gracias al cual se organizan las relaciones entre distintos individuos como miembros de una misma categoría (accionistas de una determinada sociedad, productores de un determinado producto, comerciantes de cierto artículo, empresarios de una zona, etc. ("Note preliminarì sulle intese industriali", Roma, 1.933, págs. 23-24)).



turas ganancias o pérdidas, y esto rara vez se da en las alianzas de empresas". Por eso, apunta URÍA, se ha buscado también el remedio en el concepto de asociación. Ahora bien, este distingo tampoco satisface, pues, en última instancia, habría que acomodarlo al patrón del contrato de sociedad, insuficiente como ya se ha visto.

URÍA postula, en consecuencia, la noción de "organización", teniendo en cuenta que el Derecho Mercantil actual gira en torno al concepto de la empresa como "organización jurídico-mercantil primaria". Ya SALANDRA dijo que las concentraciones empresariales son esencialmente organizaciones colectivas. Ahora bien, como la organización surge en todas las vertientes de la realidad económico-social, lo que interesa es determinar la fisonomía organizativa de la concentración de empresas.

URÍA antepone como elemento genuino de toda concentración de empresas la idea de plan, nota típica del proceso de racionalización total de la Economía y del Derecho en la etapa del racionalismo liberal y del "homo oeconomicus". La concentración es, según el profesor de Madrid, "el único procedimiento seguro para garantizar a las empresas especializadas la colocación de productos o servicios uniformes en el mercado". A esta luz -concluye el autor- el proceso aparece "como un modo de organización donde el elemento plan tiene tendencia a desplegarse hasta el máximo posible con el propósito de racionalizar totalmente la realidad jurídico-económica".

El segundo factor de la "organización" es el espacio concreto en que se desenvuelve el proceso. Ciertamente, desde la perspectiva espacial el fenómeno aparece como una consecuencia inexcusable del progresivo ensanchamiento de las áreas económicas en estrecho paralelismo con el despliegue territorial de las zonas de influencia política (imperios coloniales, bloques de potencias, etc.).

Un tercer factor, con el que enlazan los dos anteriores, es la idea jurídico-económica, que se pretende realizar me-

diante el aglutinamiento de empresas, y que inicialmente se encuentra en la raíz misma del régimen capitalista; el ánimo ilimitado de lucro. "Por una de tantas paradojas, el capitalismo que trata de configurar la realidad económica partiendo del liberalismo como idea política y de la idea del derecho que con él se corresponde (el derecho como expresión de la libertad individual, la autonomía de la voluntad, la libre contratación, la libre concurrencia, etc.), al llevar a sus últimas consecuencias los principios de libre concurrencia y de libertad de contratar, entró en una fase extrema en la que para salvar la esencia del régimen, hubieron de sacrificarse esos postulados, empleando, precisamente, como remedio heroico ... el instrumento de la concentración de empresas. Las grandes empresas que se debatían en competencias ruinosas.... comprendieron que la salvación no estaba en luchar en régimen de competencia en el mercado libre, si no en unirse. Vinieron así las alianzas para eliminar la concurrencia recíproca, disciplinar la producción y facilitar a cada una de ellas la efectiva realización del principio eje del capitalismo: el afán ilimitado de ganancia".

Ahora bien, al transformarse el primitivo Estado liberal en el Estado actual, intervencionista y planificador, ha pasado a categoría de directriz política. La concentración se ha convertido, como secreción de este proceso, en uno de los instrumentos más potentes de la estrategia económica. "Alientan, de este modo, entremezclados debajo de la realidad económica... dos postulados....: el afán de ganancia, que no llega a desaparecer nunca por completo, y el activismo pleno de las fuerzas económicas al servicio de la movilización total. Con esto, las uniones de empresas se han resuelto en el modo de organización genuino del moderno supercapitalismo, del capitalismo de Estado, mezcla de libertad y de coacción. A través de las uniones de empresas impuestas coactivamente, el Estado puede disponer de la economía sin necesidad de nacionalizarla o colectivizarla".

A primera vista, hay notorias analogías entre la concentración de empresas y la empresa misma, según el preopinante. En realidad, todo induce a configurar el proceso como un tipo singular de empresa, como una super-empresa, que obtiene sus ganancias de un modo indirecto o sea, a través de sus miembros. Ahora bien, no se trata de una diferencia puramente cuantitativa, simple suma o agregación, sino que hay diversidad cualitativa. La concentración es "un tipo superior de empresa... que obedece a supuestos históricos cualitativamente diferentes de aquellos en que descansa la simple empresa" y, por eso, no coincide exactamente su figura con la de esta última.

Como conclusión provisional, señala URÍA que, si la unidad básica del proceso invita a buscar la categoría jurídica que le corresponda, con abstracción de la forma utilizada en cada caso, "el problema es de conceptualización jurídica, y en último extremo de lege ferenda, porque el vigente derecho positivo..... no ofrece hoy por hoy un asidero firme al concepto... De todas las categorías jurídicas, la única que por su amplitud acaso puede ofrecer asilo... es la de la personalidad jurídica", y añade a renglón seguido: "La mitad de organización que hemos hallado en todo supuesto de concentración pudiera aconsejar la ampliación del cuadro de las personas jurídicas para recoger estas nuevas organizaciones jurídicas...".

Por fin, URÍA clasifica, sucintamente, las formas concentradoras según su menor o mayor grado de "organización", distinguiendo por orden creciente:

a') el "cártel o consorcio", que agrupa empresas pertenecientes a la misma fase o ciclo de la producción y tiende, por lo común, a conseguir el dominio del mercado limitando la concurrencia recíproca"(70), con la característica general de que las empresas

(70) URÍA cita en la nota (22) de su trabajo una de las definiciones más difundidas, la de LIEFMANN ("Kartelle und trusts 2ª edic., Stuttgart, 1.910): "Convenios libremente establecidos entre empresarios de una misma rama que, conservando su independencia, se proponen ejercer sobre el mercado un poder de monopolio".

"no pierden de modo total su autonomía". Puede haber, claro es, grados dentro de la figura: concretamente cabe imaginar un "cártel simple", o de orden interno, sin trascendencia exterior, caso en que las empresas conservan la mayor parte de su libertad y autonomía, por ser la organización muy rudimentaria; o bien, especies más complicadas, como el "cártel con órgano de vigilancia" y el "cártel con central de ventas";

b') el "grupo o concerno", que, ordinariamente, "concentra empresas que actúan en distintos ciclos de la producción y no persigue, como el cártel el dominio del mercado, sino la mayor eficacia de las empresas y aumentar o garantizar sus beneficios por medio de una organización racional y disciplinada de la producción", casi siempre sin base contractual. Dentro del grupo puede variar la intensidad del enlace capitalista o financiero. El vínculo será menor cuando la agrupación establezca sencillamente unos lazos coordinadores entre las empresas participantes. En este caso, se suele proceder a un intercambio recíproco de acciones que no lleva al predominio de ninguno de los miembros. Lo más frecuente, sin embargo, es que en la constitución de grupos a base de participaciones financieras no se procure simplemente coordinar, sino subordinar las empresas a otra más poderosa, que se convierte en eje del grupo. En este supuesto, la sociedad dominante irradia su poder sobre las demás, con grave quebranto de la autonomía jurídica de éstas, que se convierten en meros instrumentos de sus planes o proyectos económicos. Suele establecerse así entre la cabeza del grupo y las empresas dominadas una relación de dependencia o filiación que atribuye a la primera el nombre corriente de "sociedad madre" y a las segundas la de "sociedades hijas o filiales" (71). La forma extrema del

---

(71) Esa relación "materno-filial" se logra por un procedimiento doble, bien atrayendo paulatinamente la sociedad "madre" a otras sociedades ya constituidas mediante la adquisición de todas o de la mayoría de sus acciones, bien actuando de promotora o fundadora y reservándose en la nueva sociedad la participación de capital necesaria para sus propósitos de dominio (URIA, "Teoría de la concentración de empresas", nota (24), páginas 336-337).

grupo es, por fin, la sociedad holding, o sea, la que adquiere, mediante participación financiera directa, el dominio absoluto de una o varias sociedades, las cuales pueden adquirir, a su vez, por el mismo método el dominio de otras, y así hasta el infinito, con lo que teóricamente y de hecho la holding llega a controlar zonas inmensas de la producción y a manejar capitales ingentes. Es el instrumento de agrupación y dominio por excelencia, con una "organización" tan sólida y vertebrada que el grupo se convierte casi en superempresa.

c') Por último, el trust, que fue la forma escogida por las vastas agrupaciones en la Norteamérica finisecular. De su naturaleza dice URIA: "El trust se asemeja al cártel en la finalidad monopolística que persigue, pero en realidad es un verdadero grupo, un grupo monopolístico de base rigurosamente financiera y no contractual que se ha caracterizado siempre por el dominio absoluto de las empresas en él integradas. Aquí queda totalmente absorbida de hecho la autonomía jurídica y económica de las empresas agrupadas". Sin embargo, no se suministra indicación de sus rasgos diferenciales, si bien cabe entender que la figura es análoga al holding, al decir el autor que la holding company fue la forma que revistieron los consorcios americanos al quedar los trusts prohibidos por la Ley SHERMAN (1.890).

Los bosquejos precedentes indican que a pesar del meritorio esfuerzo de síntesis desplegado, nuestros mercantilistas no acaban de lograr un concepto unitario desde el punto de vista jurídico. En efecto, ni "organización", ni "espacio", ni "lucro ilimitado" son ideas propiamente jurídicas, sino de orden funcional, la primera, geoeconómico, la segunda, y moral, la tercera, y en rigor las tres podrían predicarse lisa y llanamente de la empresa en general. No se ve, en rigor, cómo ni por qué tienen que ser rasgos peculiares de una super-empresa o de un ayuntamiento o de un ayuntamiento interempresarial. Se podrá, sí, matizar diciendo que se dan con más intensidad, y a mayor escala, en los cárteles, holdings o concernos, pero no se deduce que la

diferencia entre la empresa y el grupo o ayuntamiento de empresas sea de orden cualitativo. No encontramos, en definitiva, ante una mera distinción de grado o nivel.

Hasta aquí, la que podría calificarse como visión "amplia" o "total" del proceso. Consideremos otras interpretaciones contemporáneas.

c) La versión restringida del concepto.

Otra concepción fundamental es la que cabría denominar versión restrictiva, pues reduce el ámbito y significado del fenómeno concentrador a las operaciones de engarce orgánico entre empresas, bien a través del capital, bien mediante consejeros o administradores comunes, bien, por último, a través de la posesión comunitaria, total o fragmentaria, de elementos determinados del activo. Se excluyen, pues, los lazos meramente contractuales entre unidades jurídicamente independientes, con lo que, en definitiva, emerge una distinción nítida entre concentración, por un lado, y cárteles o ententes, por otro.

Así J.P. DUBOIS (72), al glosar las disposiciones del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1.957, sobre creación del Mercado Común Europeo, comprueba: "Las ententes se regulan por el artículo 85; las concentraciones no quedan afectadas por el 86...", y, más adelante, ofrece con palmaria claridad y sencillez un criterio de deslinde: "La entente no afecta a la independencia económica de sus miembros. La concentración suprime esta independencia. Resulta de esto que la entente trata de asegurarse contra los riesgos suprimiendo la influencia recíproca de los sujetos económicos entre sí, que es la esencia misma de la competencia; la concentración, por el contrario, unifica los riesgos".

El planteamiento de DUBOIS se apoya explícitamente en

(72) JEAN PIERRE DUBOIS, "La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la Communauté Economique Européenne", página 71, París, 1.968, Librairies Techniques.

el de diversos juristas alemanes (73), así como en el del citado JACQUES HOUSSIAUX, profesor de la Facultad de Derecho de Nancy, quien brinda la siguiente fórmula: "... Por una parte, una concentración es un acuerdo definitivo entre varios productores antes independientes, ora voluntario, ora soportado... Pero, por otra parte, una concentración de empresas tiene por objeto y resultado la constitución de una nueva explotación independiente.. (74).

Citemos, como apoyo tácito e indirecto a esta versión, la posición de GIRON TENA (75), quien, al estudiar la figura de los "grupos de sociedades", aunque sin emplear la palabra "concentración", distingue "fusión de empresas", caracterizada por la "pervivencia de un único sujeto de derecho colectivo", para declararla excluida de su análisis, y "uniones de empresas" lato sensu, "precisamente porque éstas conservan su individualidad, es decir, una independencia por lo menos formal..." Ahora bien, dentro de las uniones, señala el autor "un contraste", "una contraposición", de dos grandes categorías: los "cárteles" y los "grupos". Siguiendo expresamente a LIEFMANN y al Comité Económico de la antigua Sociedad de Naciones, apunta que los cárteles se proponen, fundamentalmente, la reglamentación de la competencia, suelen ser de duración limitada y dejan "formalmente intacta la libertad de actuación de los miembros", ya que reducen sus vínculos a una simple coordinación externa; en cambio, los grupos "persiguen fundamentalmente la creación de complejos económicos.. por razones técnicas de organización del trabajo o de complementariedad económica", son generalmente de duración ilimitada, y

(73) Así, HEFERMEHL, "Fusionen und Konzernbildungen nach EWGV", ("Fusiones y formaciones de concernos según el Tratado de la Comunidad Económica Europea) en Festschrift für Nipperdey, Tomo II, págs. 785-786, y STEINDORFF, "Behindern Art. 85 und 86 des EWGV Konzentrationen im Gemeinsamen Markt?", Coloquio Centro Universitario de Estudios Europeos, París, 26-28 octubre 1.967.

(74) "Concurrence et Marché Commun", págs. 130-131, Edit. Génin. París.

(75) "Las grandes empresas", pág. 103 y sigs. Serie de tres conferencias pronunciadas en la Universidad Nacional Autónoma de México y editadas por la Facultad de Derecho de Valladolid, marzo de 1.965.

excluyen "el riesgo de la libertad" de sus miembros, creando un superorganismo y un interés de conjunto.

De los pasajes transcritos no se deduce criterio jurídico alguno como elemento definidor frente a las simples asociaciones empresariales. El concepto, por lo demás muy importante, de "independencia económica" no es evidentemente una noción de Derecho. Se podría, por lo tanto, hacer a los enfoques de DUBOIS y HOUSSIAUX una objeción parecida al reparo que formulábamos al planteamiento de URJA: que no suministran una regla formal de deslinde. Sin embargo, está claro que, al menos por vía de exclusión, la versión gana homogeneidad al perder extensión. En efecto, al excluir los cárteles o ententes del proceso propiamente concentrador, los defensores de esta posición dan a entender que no basta la categoría del contrato o convenio entre empresas para definir el fenómeno, sino que, además de ponerse de acuerdo, esas empresas tienen que establecer una serie de vínculos más o menos orgánicos de tal modo que pierdan su independencia efectiva en el mercado. Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son esos vínculos. Una posible respuesta nos la suministra el estudio elaborado y publicado en 1.966 por encargo de la Comisión del Mercado Común (76), que inmediatamente analizamos.

Aborda el prefacio escuetamente el "reagrupamiento" (regroupement) de empresas independientes en unidades más importantes, lo que implícitamente apoya y corrobora que no se trata, simplemente, de ententes entre empresas. Bien es verdad que no se formula definición unitaria del fenómeno, aparte de la frase transcrita, pero ya en la Parte II (págs. 13-14) se enumeran sus formas jurídicas, a tenor del derecho de sociedades: en primer lugar, la participación financiera de ciertas compañías en otras y la fusión de dos o más de ellas, siempre que dé origen a una sociedad nueva; bajo "una forma menos jurídica", la unión

---

(76) "Le problème de la concentration dans le Marché Commun" Bruselas, 1.966, colec. Etudes, serie Concurrence, nº 3.



personal de sociedades como consecuencia de la identidad de sus dirigentes; y por fin, ciertas instituciones de derecho privado, y en particular del derecho de obligaciones, en la medida, por ejemplo, en que organizan la utilización de medios del derecho de compañías (ejercicio del voto) o someten por ciertos contratos (Organschaftsverträge) a empresas que siguen siendo jurídicamente independientes a la dirección de otra (77).

Las figuras enunciadas, bastante heterogéneas a primera vista, tienen algo en común, a saber, que implican una centralización mayor o menor del control de las empresas interesadas entendiendo por control la acepción anglosajona, es decir, no la simple vigilancia o supervisión, sino el dominio político efectivo, la capacidad real de tomar e imponer directrices generales. En los dos primeros casos, este "control" se da en virtud del hecho de la propiedad pura y simple, ya que en la participación financiera una sociedad tiene la titularidad de una parte del capital de otra, y en la fusión los accionistas de las compañías que se integran, pasan a ser propietarios de la nueva entidad. En el tercer caso, o sea, la unión personal a través de consejeros comunes, el control opera a través de un factor político-administrativo, a saber la comunidad de personas directivas y administradoras, que asegura la igualdad o, cuando menos, la armonía en la política de mercado de las empresas así coordinadas; y por último, en la hipótesis del ejercicio de ciertos derechos sociales o del concierto de determinados contratos, el control se adquiere por sumisión expresamente pactada de una de las compañías a otra u otras.

Otra nota común es que en las cuatro modalidades hay cierto grado de integración orgánica, bien a través de la propiedad del capital (supuestos primero, segundo y también el cuar

(77) El "Organschaftsvertrag", o contrato orgánico interempresarial, es una interesante institución alemana que se estudiará más adelante, en otra sección. Es el contrato por el que se confía la gestión de los negocios de una empresa a otra empresa, lo cual crea un grupo fundado precisamente en el contrato.

to, si se ejerce el voto como medio de control, ya que el derecho de voto deriva de la condición de accionista, es decir, de propietario de una parte alícuota del capital), bien en virtud de la identidad personal de dirigentes y administradores (supuesto tercero), bien, por fin, a través de la transmisión contractual de toda la gestión de una sociedad a otra, ya que, en este caso, una misma voluntad decisoria dirige los negocios y toma los acuerdos.

Las observaciones anteriores se confirman definitivamente si volvemos la atención al párrafo inicial de la parte III, donde se distinguen las figuras de entente y de concentración: "El concierto tiene como efecto obligar a una conducta, mientras que la concentración acarrea una modificación de la estructura interna de las empresas." Bien es verdad que el informe añade: "sin embargo, los límites son fluctuantes, de tal modo que no es posible decir con precisión, en abstracto, dónde está la frontera entre el concierto (entente) y la concentración", y comenta que "en los casos marginales, no se puede decidir más que a partir de supuestos concretos...".

Al final del párrafo, revela el informe la clave común: "Por regla general, el proceso de concentración se presenta en forma de una adquisición de propiedad, o en caso de fusión por ejemplo, de una modificación en las relaciones de propiedad de las empresas, y si bien pueden utilizarse otros medios jurídicos ..... (contratos relativos a la administración, verbi-gracia), descansan casi siempre en relaciones de propiedad entre las empresas interesadas".

Hasta aquí, la exposición de los ejemplos salientes de la doctrina jurídica actual. Antes, sin embargo, de pronunciarnos por una de las concepciones fundamentales, examinemos con brevedad la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

5.- El concepto en las leyes antitrust y en los Tratados internacionales.-

Velando por el rigor terminológico, analizaremos exclusivamente los ordenamientos legales que emplean la voz "concentración". Cabría objetar que recortamos así el área de nuestro estudio, dejando fuera leyes que, aun regulando el fenómeno con todo detalle (entre otras, las norteamericanas, que son el adelantado en la materia), no tienen por eje dialéctico la palabra precisa. Mas, sin perjuicio de la pertinencia del reparo, ahora se trata de cumplir unas exigencias elementales de orden metodológico y formal, encarriladas a depurar por vía comparativa un concepto sobre el que la doctrina no está de acuerdo.

Tratándose de una rama jurídica aún joven y en desarrollo, como es el derecho del orden público económico, preferimos el orden cronológico al método propiamente sistemático.

La primera disposición antitrust que empleó la palabra "concentración" (exactamente era "concentración excesiva") fue la Ley japonesa de 14 de abril de 1.947, que, dictada en plena ocupación militar del antiguo Imperio del Sol Naciente por los Estados Unidos, pretendía desmontar el dominio de los grupos familiares y aristocráticos -las Zaitbatsu-. Sin embargo, el término aparece sólo una vez, en el artículo primero, y como no se le define, habría que deducir su significado por exclusión respecto a las demás figuras restrictivas de la competencia que se enumeran. Puesto que se habla de acuerdos y pactos restrictivos, lógicamente por "concentración" habrá que entender todo aquello que, susceptible de formar monopolios o de limitar indebidamente la libre competencia, no encaje como pacto ~~con~~venio ni colusión entre empresas. Pero tampoco eso sería una definición, sino más bien un simple deslinde negativo. El único recurso parece consistir en el cotejo de la Exposición de Motivos con el Articulado, para descubrir qué figuras concretas se regulan en él, amén de las prácticas colusivas y discriminatorias. Concretamente,

los Títulos de la parte dispositiva enumeran las diversas categorías de figuras restrictivas: así, el II se refiere al "Monopolio privado y restricciones injustificadas a la libertad de comercio"; el III, a la "asociación profesional" (asociación de empresarios); el IV, a la "tenencia de acciones, interdependencia de Consejos de Administración, fusión o integración, y traspaso de actividades"; y el V, a las "prácticas comerciales desleales". Pues bien, habida cuenta de que el enunciado de los Títulos II, IV y V responde literalmente a nociones del artículo primero, parece lógico excluir de ellos toda identidad o vínculo conceptual con la idea de "concentración", y se podría quizás relacionar ésta en cambio con los Títulos III y IV, aunque tampoco emplean el término. Desde luego, ambos tienen un rasgo en común, a saber, el enfoque de formas diversas de nexo orgánico entre empresas, más laxas en el caso de las "asociaciones", más fuertes en el de interdependencia de Consejos o tenencia de acciones, y mucho más aún, en el de supuesto de fusión o integración.

En consecuencia, se podría deducir, quizá, que el concepto de "concentración" se adscribe a toda figura de enlace orgánico, ora de orden personal o institucional, ora de participación financiera, entre diversas empresas. Ahora bien, la conclusión sería algo aventurada, ya que no radicalmente falsa, pues cabe interpretar rectamente la expresión "concentración excesiva" del artículo 1º no como categoría jurídica, sino como calificación de un estado general de cosas, tanto más cuanto que en el artículo 2º, que prodiga las definiciones de muchos conceptos del primero, no vuelve a figurar el término.

A los pocos meses, en diciembre de aquel año 1.947, se promulgó, con el nº 207, la "Ley de Eliminación de la concentración excesiva de poder económico", cuyo artículo 6º disponía que el Comité de Liquidación de Compañías Holding determinaría y publicaría los "módulos específicos (specific standards) para definir las que constituían "concentraciones ex-

seguido se enumeraban, relativos todos a datos cuantitativos sobre la producción o capacidad productiva de la empresa, así como sobre su grado de participación en otras firmas, sus posibilidades de control de materias primas, eventuales acuerdos de venta o compra exclusiva, etc. Efectivamente, a raíz de la promulgación se publicaron los Módulos/Standards, que, con el título "Concentración excesiva", decían: "Se considerará como concentración excesiva toda empresa privada explotada con fines de lucro, o bien toda asociación de empresas de esta naturaleza, si cumple alguno de los criterios siguientes", y se enunciaban cinco reglas, que se referían: primero, a la capacidad de un fabricante determinado, por su porcentaje de la producción nacional, para influir en los precios o en el nivel de abastecimiento nacional de cierto artículo; segundo, a la mayor o menor capacidad de una empresa distribuidora para influir en el mercado del país a través de los precios o del nivel de aprovisionamiento; tercero, a la capacidad de la empresa para impedir el acceso a su sector de nuevos empresarios "con oportunidades razonables de éxito"; cuarto, a su eventual política de adquisiciones de otras empresas durante el período 1.937-1.945, o sea, desde la invasión de China hasta la capitulación ante Norteamérica, y, por último, a su posible poder, a través de la intervención simultánea en sectores productivos "no relacionados" entre sí, para restringir la competencia o restringir las oportunidades competitivas de terceros. Ninguna alusión se hacía, en cambio, a los acuerdos o convenios entre empresas, los cuales habían sido regulados ya por la Ley de abril anterior (conocida, abreviada y familiarmente, como "Ley-Anti-Monopolio"), disposición fundamental entonces, y aún ahora, en la materia. Cabe, pues, deducir, con cierto grado de confianza, que la legislación japonesa ha definido la concentración de modo restrictivo, como sea, proceso de aglutinamiento o crecimiento orgánico, y no simplemente como fenómeno general de

asociacionismo (aunque, como hemos visto, los Módulos hablarán de "empresas o asociaciones de empresas").

El segundo texto jurídico que emplea la voz "concentración" es el Tratado de París de 18 de abril de 1.951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero ("C.E.C.A.") entre Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Su artículo 65 prohíbe toda clase de "acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y cualesquiera prácticas concertadas" que tiendan directa o indirectamente a impedir, restringir o falsear el juego normal de la competencia, y el 66 somete a previa autorización de la alta Autoridad (supremo órgano ejecutivo creado por el Convenio de París) toda "concentración entre empresas" que reúna determinadas circunstancias de hecho, definiendo como "concentración" todo acto de "fusión, compra de acciones o de elementos del activo, préstamos, contrato o cualquier otro medio de control".

Se aprecia que el Tratado distingue netamente dos supuestos económicos, para darles diverso tratamiento legal: por un lado, los acuerdos entre empresas, que evidentemente responden a la noción de cártel o entente; por otro, las operaciones concentradoras. El concepto de estas últimas es muy amplio, pues abarca desde la integración total, o sea la fusión, o bien parcial, como la compra de acciones o de elementos del activo, hasta supuestos que no constituyen formalmente hechos integradores, desde un punto de vista puramente orgánico y estructural, como son los "préstamos" y los "contratos", si bien únicamente en la hipótesis de que impliquen la asunción del control de una empresa por otra. Sin embargo, todas las modalidades enumeradas tienen algo en común, a saber, acumulación directa e indirecta en manos de una empresa o grupo de empresas del poder de disponer, bien del capital, bien de elementos concretos del activo, de otra u

"control" que se cita en el pasaje transcrito, por inspiración, repitámoslo, de la legislación anglosajona. En todos los casos enunciados se da, efectivamente, un hecho capital, a saber, la pérdida de la independencia económica de alguna o de varias de las empresas afectadas.

El Proyecto de Ley italiano de 24 de febrero de 1.960 para la salvaguardia de la libertad de competencia (que dormita, sin mayores perspectivas de discusión, en las gavetas de alguna Comisión del Parlamento) prohíbe, en su artículo 1º, los "conciertos entre empresarios y asociaciones de empresarios", y en su artículo 2º, los abusos de posición dominante del mercado, tipificados en una lista de figuras, mientras que exceptúa en el artículo 3º, por una parte, "los actos de fusión de sociedades o de concentración industrial", y por otra, "los contratos de agencia, incluso las exclusivas, los contratos de cesión o de concesión sobre uso de patentes industriales, salvo los relativos a contratos recíprocos de patente en exclusiva o a contratos que contengan cláusulas adicionales que sólo se expliquen por la intención de alterar las condiciones competitivas". De suerte que el concepto de concentración se equipara o asemeja al de fusión, aunque carezca de todo rasgo definidor. Considerando los datos institucionales de la gran industria italiana, puede decirse que el legislador pensaba fundamentalmente en las sociedades "Holding", sobre todo públicas (muy fuertes allí), así como en las conexiones por medio de consejeros comunes o participaciones de capital.

La Ley española 110/1.963, de 20 de julio, sobre "Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia", enumera en su artículo 21, párrafo 7, como supuestos de "concentración de empresas", los siguientes:

- a) Las fusiones.
- b) Las adquisiciones de fábricas, talleres y otros activos pertenecientes a otras empresas.

c) Los contratos de cesión de explotación y los contratos de dirección de explotación que se refieran a fábricas, talleres y otras instalaciones industriales o comerciales pertenecientes a otras empresas.

d) La adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones, por sí solas o sumadas a otras ya en poder de la misma empresa o de otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración, permitan alcanzar el 25% del capital con derecho a voto.

Como se ve, la idea básica se centra en dos facetas: integración y control. La integración puede ser, a su vez, — orgánica, caso de la fusión, en que desaparece hasta la personalidad jurídica de los protagonistas o, por lo menos, de alguno de ellos; o bien funcional, cuando consiste en compra o adquirir elementos fabriles o productivos de otras empresas, o en contratar la explotación o dirección de esos elementos.

Hay que reconocer que el artículo transcrito se inspira literalmente en el 23 de la Ley alemana de 27 de julio de 1.957 contra las Restricciones de la Competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), con la única diferencia de que el legislador de Ultra-Rin no empleó la palabra concentración, sino la de "amalgama" (Zusammenschluss). Los cuatro supuestos transcritos se corresponden concretamente con los núms. 1, 3, 4 y 5 de la ley germánica. Esta tiene, en cambio, un apartado 2, sin equivalente entre nosotros, y relativo a la "adquisición del patrimonio (Vermögen) de otras empresas".

Por lo demás, hay documentos oficiales que, emanados en ciertos casos de la propia Oficina Federal de Cárteles (Bundeskartellamt), y en otros, del Gobierno Federal o de Comisiones nombradas por él, demuestran que en Alemania se distingue netamente entre "amalgamas" y "cárteles" (a estos últimos se dedican precisamente los primeros artículos de la Ley de 1.957). Así, el "informe sobre los resultados de la encuesta sobre la —



concentración en la economía alemana", elaborado en febrero de 1.964 por la Oficina Federal de Economía bajo los auspicios del Gobierno, especifica en cada uno de los sectores objeto de la investigación el porcentaje de las mayores empresas en la producción total, el número de empresas del ramo, las conexiones entre las principales, ya por medio de consejeros o administradores comunes, ya por participaciones de capital de unas en - - otras, ya por fin a través de los bancos, y las fusiones y - - cierto tipo de asociaciones empresariales (Vereinigungen).

El mismo sentido se deduce también del reciente informe oficial encomendado por el Gobierno Federal a una Comisión ad hoc sobre la concentración de la prensa alemana. El texto se refiere a participaciones de capital de unas editoriales en otras, adquisiciones de diarios por cadenas propietarias de - - otros, etc., es decir, de todo aquello que supone una verdadera operación integradora. Es más, los propios especialistas alemanes en Derecho de Cárteles mantienen el concepto restringido; así, el voluminoso comentario de MULLER, HENNEBERG y - - SCHWARTZ (78) emplea, en el capítulo dedicado a las amalgamas empresariales la palabra "Konzentration" al referirse genéricamente a las cinco figuras definidas por el artículo 22. Ahora bien, es quizás el volumen extraordinario publicado por la Oficina Federal de Cárteles en 1.958 para conmemorar sus 10 primeros años (79), prueba decisiva al estudiar sucesivamente como figuras separadas las "reglas de competencia leal", los "contratos de patentes", los "cárteles de rebajas", los "cárteles de racionalización", los "precios impuestos" y, por fin, "la concentración", dedicando a cada una un capítulo. Pues bien, el de la concentración se ocupa únicamente de los artículos 22 y 23 de la Ley de referencia.

---

(78) "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Gemeinschaftskommentar", págs. 543-546. CARL HEYMANNS VERLAG KG - Colonia-Berlin, 1.958.

(79) "Zehn Jahre Bundeskartellamt". CARL HEYMANNS VERLAG, - 1.968. Artículo de WILHELM DÜRRHAMMER "Konzentration und Wettbewerb" (Concentración y competencia), pág. 231 y sigs.

Hemos dado en las páginas precedentes una panorámica del enfoque del término "concentración" por los ordenamientos positivos que lo emplean, y podemos concluir que prevalece la acepción restrictiva del fenómeno, esto es, la de amalgama, ayuntamiento, consorcio de empresas, y no la de cualquier clase de acuerdo, pacto o entendimiento entre ellas.

6.- Concepción que se defiende.-

A efectos metodológicos y sin ánimo de sentar reglas perentorias y definitivas, ni mucho menos de entablar polémicas doctrinales, nos adherimos a la acepción restringida por las razones siguientes:

- a) Cuanto menos heterógeneo y disperso sea el pluralismo de figuras o supuestos que una definición pretenda abarcar, tanto más claro y orgánico -y también más riguroso- será el concepto que se obtenga;

- b) En el caso concreto del fenómeno concentracionista, son tantas las modalidades de agrupamiento o relación entre empresas, que por fuerza se han elaborado reglas jurídicas distintas para cada una de ellas, y no un régimen legal unitario. Por lo tanto, una vez que el derecho positivo ha reconocido -como realidad evidente la pluralidad, no sólo es falso, sino, además, inútil, empeñarse en mantener un concepto único en el plano teórico y especulativo;

- c) Que, mientras los conciertos o conductas paralelas entre empresas jurídicas y económicamente independientes han sido regulados desde el comienzo mismo del derecho antitrust, y se prohíben hoy más o menos en todos los sistemas legislativos del Occidente industrializado, por lo que hay ya una jurisprudencia abundante sobre la materia, en cambio los procesos de agrupación o conexión orgánica entre sociedades no se regulan más que en algunos ordenamientos, fundamentalmente los inspirados por la legislación norteamericana, y desde fechas

mas bien recientes, en gran parte como consecuencia de la oleada de fusiones y absorciones en los últimos años. Todo esto - confirma la necesidad de distinguir dos grandes categorías: cárteles o ententes, por un lado; concentraciones, por otro.

- d) Hemos visto que la legislación positiva se inclina, en su mayoría, a la acepción restringida, por lo cual es más práctico y más seguro desde el punto de vista jurídico atenerse a la noción "reducida".

Una vez que nos hemos inclinado al concepto estricto del fenómeno, queda ya acotado el campo teórico de nuestro estudio: en principio, los fenómenos a que se refiere el informe de la "CEE", o sea, más o menos, las cinco figuras que se enumeran en los artículos 22 de la Ley alemana y 21 de la española. Ahora bien, no nos proponemos tampoco extender nuestro examen a toda la serie, sino que, para más concreción, preferimos reducirlo a las figuras de fusiones, participaciones, interconexiones por consejeros y administradores e, incidentalmente, con menor extensión, a un supuesto interesante que desborda del marco trazado: A saber, la filial común, porque la consideramos como forma intermedia entre la concentración y la "entente" o "cá-  
tel"; un híbrido con cuerpo de sociedad y con alma de concierto.

## C A P I T U L O   I I

=====

### FACTORES JURIDICO-PRIVADOS DE LA CONCENTRACION

#### 1.- El liberalismo económico, presupuesto indirecto.

Como todas las revoluciones, el orden liberal se implantó con un doble signo y propósito: el negativo, que consistió en la liquidación del régimen anterior, y el positivo, que implicaba el parteamiento de instituciones especiales para servir de cauce procesal a los principios y directrices del nuevo sistema. Son dos facetas que en materia de economía nacional pueden condensarse o resumirse en los hechos siguientes: primero, supresión de los viejos gremios y de los reglamentos que limitaban la libertad de comercio, contratación e ingreso en las profesiones, etc.; segundo, proclamación de la libertad de contratos. Quedaban así establecidas las condiciones previas, los presupuestos indispensables, de todo movimiento de expansión empresarial, pues el primer requisito para que un organismo se desarrolle y extienda es un espacio vital suficiente, sin vallas ni obstáculos.

El juego combinado de la libertad de tratos y las nuevas técnicas de producción determinó, espontánea e irreversiblemente, el aumento en la magnitud de la empresa, o, dicho con menos ambigüedad, la posibilidad jurídica del empresario para vender su mercancía donde quisiese y comprar donde lo prefiriese los factores de producción, hacía factible una ampliación del mercado que, de todos modos, la introducción de las primeras máquinas permitía y exigía a la vez.

Ahora bien, a medida que el proceso maquinista se aceleraba, se advertía con más claridad la falta de un marco orgánico adecuado. Los Códigos de Comercio y la libertad de esta-

de ciudadanía -permítasenos el símil- a los promotores de grandes negocios, como la Banca, los ferrocarriles, la minería, la siderurgia, los seguros, etc. El capital había obtenido plena libertad de circulación, pero le faltaba la vía institucional por donde discurrir a partir de ciertos niveles de inversión. El problema único, pero decisivo, consistía en una fórmula jurídica que permitiese movilizar recursos cuantiosos sin el riesgo de que los inversores tuvieran que responder con la totalidad de su patrimonio personal, en caso de pérdidas. Es tribó la solución en el reconocimiento y reglamentación de la sociedad anónima o por acciones, después de una pugna entre capitalistas y financieros enfrentados a Gobiernos y pequeña y media burguesía, cuyas peripecias y alternativas ha narrado magistralmente GEORGES RIPERT en sus "Aspects juridiques du capitalisme moderne" (80).

## 2.- Consideración especial del papel de la sociedad anónima.

Descritos suficientemente en las páginas de apertura los rasgos esenciales de la institución y señalado su carácter de "molde y motor del gran capitalismo", importa ahora aquilatar su grado de influencia en la evolución estructural del sistema.

### a) La profecía de MARX.

Recordemos que ya a mediados del siglo XIX se percibían los vagidos de la tendencia aglutinadora que latía en el exponente por antonomasia del derecho de sociedades mercantiles. El autor de "El Capital" resumía en tres puntos los efectos de la compañía anónima (81):

""1.- Enorme expansión de la "escala de producción" y de las empresas, que era imposible para los capitalistas individuales.

---

(80) Vide Introducción, páginas 12-17.

(81) "El Capital", I; página 689 (Fondo de Cultura Económica, México, 1.944), citado por PAUL M. SWEEZY en "Teoría del desarrollo capitalista", pág. 283.

2.- El capital... recibe aquí directamente la forma de capital social... distinto del capital privado, y sus empresas asumen la forma de empresas sociales, distintas de las empresas individuales. Es la abolición del capital como propiedad privada dentro de los límites de la propiedad capitalista misma.

3.- La transformación del capitalista que realmente opera en un simple gerente, en un administrador del capital de otras personas, y de los propietarios del capital en simples propietarios, en simples poseedores de dinero.""

A la vista del texto transcrito, no es extraño que las primeras exposiciones sistemáticas sobre el efecto aglutinante de la sociedad por acciones en la estructura del capitalismo partieran de los representantes del socialismo científico. Según SWEEZY, "la teoría marxista de las corporaciones fue elaborada y ampliada por HILFERDING en "El capital financiero", obra que, como se recordará, se publicó en 1.910, cuando ningún autor no socialista había dedicado todavía un estudio general a la institución (82). Sin embargo, SWEEZY, autorizado representante del marxismo norteamericano, olvida injustamente la contribución de WERNER SOMBART, en su "Capitalismo moderno" (1.902) y APOGEO DEL CAPITALISMO (1.903) (quizá porque, posteriormente, SOMBART rompió con el internacionalismo proletario para situarse en una posición de socialismo nacional).

b) Los análisis contemporáneos no marxistas.

En el siglo XX, la descripción más profunda y sugestiva de la apoteosis de la compañía anónima, por su lujo de datos estadísticos, su abundante información directa y su rigor expositivo, así como por su absoluta y objetiva neutralidad ideológica, campea en la obra conjunta de ADOLF A. BERLE y GARDINER C. MEANS "The Modern Corporation and private property", publicada en Nueva York el año 1.932, en plena crisis económica y financiera de los Estados Unidos y de diversas naciones europeas. Si bien el estudio del economista y sociólogo BERLE y del estadístico MEANS se refería concretamente a la estructura del sistema norteamericano, las conclusiones o, al menos, las conje-

(82) PAUL M. SWEEZY, "Teoría del desarrollo capitalista" pá-

tu<sup>as</sup> de los autores podrían aplicarse a todo el mundo industrializado de Occidente en una medida importante.

Arrancaban BERLE y MEANS de que<sup>/de</sup> la sociedad anónima "privada" o "restringida" del siglo pasado, es decir, de la compañía relativamente modesta, con pocos accionistas, sin cotización en Bolsa, sin emisión, apenas, de obligaciones en el mercado de capitales, se había pasado, en el primer tercio de nuestra centuria, a la compañía "pública" o "cuasi-pública", con miles y miles de propietarios, esto es, de accionistas con capitales ingentes cuyos títulos se cotizaban masivamente en las Bolsas de varias plazas mundiales, y con un volumen de negocios equivalente al presupuesto nacional de varios Estados. Las dos características de esos entes nuevos y temibles eran las grandes dimensiones y la posibilidad de que sus acciones se vendiesen en el mercado público. Pues bien, de esta observación elemental, basada en la vida económica americana, deducían los coautores que "en su nuevo aspecto, la sociedad por acciones es el medio que ha hecho posible la concentración de la riqueza de innumerables individuos en enormes agregados cuyo control se ha cedido a un grupo reducido de personas".

El proceso era tanto más espectacular cuanto que había afectado virtualmente a todos los sectores de la economía, o, por lo menos, a los de producción y distribución en masa. "Así, la institución de la sociedad por acciones ha invadido en todos los campos, y en ellos ha proliferado hasta predominar parcialmente o totalmente. La fecha de su aparición y el grado de su multiplicidad han sido generalmente influidos por dos factores: el carácter de servicio público de la actividad y el importe del capital fijo necesario para la empresa..." Sobre esta base se aventuraba la profecía de que se podía ya

prever "un momento en que toda la actividad económica será -  
ejercida por entes colectivos dotados de personalidad jurí -  
dica autónoma (83).

Investigados minuciosamente los datos estadísticos -  
disponibles sobre capital de las sociedades, volumen de be -  
neficios y magnitud de la Renta Nacional, llegaban BERLE y -  
MEANS a las siguientes conclusiones sobre el "desarrollo de las  
sociedades":

a') Las "grandes sociedades" americanas (entendiendo -  
por tales las de capital superior a cien millones de dólares  
en 1.930) se desenvolvían, en términos de incremento del vo -  
lumen bruto de negocios, a ritmo dos o tres veces superior al  
de las demás sociedades por acciones;

b') Las sociedades por acciones, en general, tendían a  
la absorción de un porcentaje creciente de la renta industrial  
de la nación;

c') En virtud de las tendencias a') y b'), resultaba -  
que, a su vez, las sociedades principales experimentaban un -  
aumento de su participación en la renta industrial total a -  
ritmo mayor que el de la contribución de las compañías accio -  
narias como conjunto.

d') A pesar de que las estimaciones de la Renta Nacional  
eran extremadamente "aproximativas", y de que no cabía, por lo  
tanto, determinar el incremento de la parte de esa renta na -  
cional dominada por las compañías gigantes, no había duda de  
que también esta magnitud había aumentado "muy rápidamente".

e') Por último, el ritmo del proceso tendía a la acele -  
ración y amenazaba con transferir nada menos que la mitad de  
la riqueza nacional de los Estados Unidos a manos de las dos -  
cientas mayores sociedades anónimas del país hacia el año -  
1.950 aproximadamente, mediante tres mecanismos fundamentales:

---

(83) BERLE Y MEANS, "Società per azioni e proprietà pri -  
vata", páginas 19-20, Capítulo II: "Le origini del sis -  
tema delle società commerciali".



la reinversión de los beneficios, las ampliaciones de capital - y las adquisiciones de participaciones decisivas en otras compañías. (A este último procedimiento lo llamaban genéricamente - los autores "concentración y fusión con otras sociedades").

De estas deducciones sacaban entrambos analistas las siguientes consecuencias generales sobre la estructura del capitalismo:

1). En adelante sería imprescindible considerar a estas gigantescas unidades industriales más que a la multitud de pequeñas unidades en competencia, propiedad de grupúsculos sin envergadura ni poder eficiente;

2). La competencia había cambiado de carácter y los principios aplicables a las condiciones de entonces eran ya radicalmente distintos de los vigentes cuando las principales unidades en competencia eran más pequeñas y numerosas; hasta el punto de que los principios del oligopolio o de la competencia "imperfecta" o "monopolística" habían adquirido más importancia que los de la competencia pura;

3). Finalmente, se sustituye una sociedad donde la producción es gobernada por "ciegas fuerzas económicas" por otra en que la producción opera bajo el control, en último término, de una minoría. Las organizaciones que dominan estas compañías han desbordado la zona de influencia de la empresa basada únicamente en la iniciativa privada; casi se han convertido en "instituciones sociales" (84).

c) La doctrina contemporánea ante el problema.-

El despliegue avasallador de la sociedad por acciones en la economía capitalista y la influencia moral y política de la crítica socialista han obligado a los economistas y sociólogos liberales a reconocer unánimemente que la socie-

---

(84) BERLE y MEANS enumeran otras dos consecuencias, antes de llegar a la última que acabamos de transcribir con el nº 3, pero las hemos omitido, porque no afectan propiamente al objeto de nuestro estudio.

dad anónima, "maravilloso instrumento del capitalismo moderno" (RIPERT), aparece históricamente como el principal vehículo jurídico de la concentración y, sobre todo, como el protagonista indispensable del desarrollo mismo del sistema capitalista.

Así WALTER IIPMAN escribía en 1.938 (The free city, pág. 329): "El capitalismo moderno no habría podido desarrollarse si no hubiera existido la sociedad por acciones".

Sería ocioso hacer el recuento de los mercantilistas que se han dedicado a estudiar el fenómeno "estructural" de la sociedad anónima: por Francia, RIPERT, y sobre todo, recientemente varias tesis doctorales de autores jóvenes, como CHAMPAUD y MICHEL VAN HAECKE (85); por Italia, SALANDRA; FRANCESCO, VITO, etc., y por España, entre otros, JOAQUIN GARRIGUES, RODRIGO URÍA, JESUS RUBIO, JOSE GIRON TENA. Es interesante comprobar que algunos de los temas actuales del derecho de sociedades comerciales residen precisamente en el dominio político de las compañías y en los grupos de sociedades, aspectos que hace setenta años se ignoraban o, mejor dicho, - no existían como fenómenos jurídicamente dignos de tratamiento autónomo.

### 3.- Concentración de capitales, de empresas y de poder económico como facetas de la sociedad anónima.-

Se trata de enumerar con detenimiento, pero no de investigar como tema principal, ya que es materia abundantemente tratada por otros autores, los aspectos institucionales que - más directamente han inducido a los capitales y a las empresas a reunirse e integrarse. En este punto, es conveniente, mejor dicho metodológicamente inexcusable, distinguir dos facetas, como hacen los planteamientos actuales sobre el tema: concentración de capitales y concentración de empresas a continua-

(85) Cfr. RIPERT, "Aspects juridiques du capitalisme moderne"; CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", París, 1.962, Sirey; VAN HAECKE, "Les groupes de sociétés", París, 1.962, Librairie générale de droit et de jurispruden-

ción, ya que esta viene después de la primera. En tercer lugar, hay que distinguir la llamada concentración de poder económico. En consecuencia, el orden de nuestra exposición será: concentración de capitales--amalgama de sociedades--acumulación del poder económico.

Antes de entrar en los aspectos concretos de signo concentrador en la sociedad anónima, digamos que indiscutiblemente la sociedad por acciones ha sido el instrumento centralizador por excelencia de los capitales disponibles para inversiones productivas, y eso de dos maneras: movilizand~~o~~ el ahorro al servicio de la gran empresa; acto seguido, favoreciendo o fomentando la acumulación de beneficios en el seno de la empresa gigante, en vez de distribuirlos íntegramente, práctica que se conoce con el nombre de autofinanciación y que virtualmente independiza a las compañías gigantes del mercado de capitales, del sistema bancario y crediticio, y en último término, del mercado específico de sus productos o servicios en ciertas coyunturas, al permitirles disponer de enormes reservas utilizables como fondos de maniobra (86).

#### 4.- La acción, instrumento concentrador de capitales.

Es el elemento esencial de la sociedad anónima, hasta el punto de que ordenamientos positivos, como el alemán, el suizo o el italiano, hablan predominantemente de "sociedades por acciones" (así, la Ley alemana de septiembre de 1.965 se titula Aktiengesetz), mientras que los demás, como el francés y el español, emplean esta denominación concurrentemente a la de "sociedad anónima". Es el título negociable que, ora al portador, ora nominativo, representa una parte alícuota del capital social y confiere automáticamente a su propietario la calidad de socio. Desde los estudios ya clásicos de RENAUD, en 1.875, y VIVANTE, en 1.894, se suele considerar la acción

---

(86) CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", página 10, número 8.

desde un triple punto de vista: a) parte del capital; b) fundamento de la condición de socio, y c) título. En la perspectiva de nuestro análisis es determinante el primer aspecto.

No deja de ser oportuna una referencia a CHAMPAUD, (87) según el cual ya en 1.734 el holandés MELON en sus "Essais politiques sur le Commerce", había sabido prever los efectos económicos de la acción. Por su parte, CLAUDE JANNET (88) no vaciló en escribir, en 1.892, que el invento de la acción había sido una verdadera revolución económica, por haber determinado el establecimiento y proliferación de empresas colosales. Osemos añadir aquí que este título desempeña el papel de correa de transmisión entre la masa de ahorro disponible y el volumen posible de inversión. El poder concentrador consiste, pues, en la misión de aglutinar recursos ahorrados, la cual resulta de algunos elementos distintivos de esta clase de título, concretamente su negociabilidad, la limitación de responsabilidad para el accionista, y la modicidad de la aportación unitaria, es decir, el escaso importe monetario de cada acción (89). Estudiemos conjuntamente el primero y el tercero.

a) La acción como título negociable.-

De todos los rasgos de la acción, el más propicio a la concentración es evidentemente la negociabilidad. Es la posibilidad, efectivamente, de vender o ceder el título lo que atrae a los capitales y especialmente al ahorro modesto. El accionista está seguro de recobrar la libre disposición de su ahorro cuando lo desee y de retirar su inversión si en un momento dado desconfía del negocio. Estas ventajas han ejercido influencia en dos direcciones simultáneas: en primer lugar, el recurso de las sociedades a una multitud de pequeños rentistas

---

(87) Op. cit., pág. 15.

(88) "Le capital, la spéculation et la finance au XIX<sup>e</sup> siècle" pág. 161, citado por CHAMPAUD, op. cit, pág. 15.

(89) Cfr. CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", página 17.

o de familias ahorrativas ha permitido reunir capitales que representaban una suma teóricamente ilimitada, con el corolario de que la dimensión de las empresas constituidas en forma de sociedades por acciones no tiene límite en principio; en segundo lugar, la negociabilidad hace posible al portador desprenderse a tiempo de su título y le hace menos exigente en cuanto a remuneración, y como consecuencia el desarrollo de las operaciones de crédito y de la actividad bancaria, que son, asimismo, factores concentracionistas de primer orden.

La economía de las naciones capitalistas más desarrolladas ofrece ejemplos tan abundantes como espectaculares de la difusión de la propiedad de títulos sociales entre el público. Por ejemplo, es en las doscientas mayores sociedades anónimas de los Estados Unidos donde más intensamente plasma el fenómeno, hasta el punto de que se ha formulado la ley estadística de que "cuanto mayor es una sociedad, mayor es la probabilidad de que su propiedad se disperse en una multitud de individuos" (90).

En Europa, la situación es análoga, si bien a gran distancia aún del coloso transatlántico. Muchas grandes compañías del Viejo Continente son propiedad de extensos sectores de la clase media: por ejemplo, la Saint-Gobain francesa, fundada hace tres siglos por el Ministro COLBERT como establecimiento regio, suma más de 200.000 accionistas, la mayoría de los cuales responden al tipo sociológico y convencional del "français moyen", y lo mismo se puede decir de muchísimas sociedades industriales y financieras en la propia Francia y en el resto de Europa Occidental, incluida España.

Ahora bien, la concentración de los capitales no va ligada únicamente a la creación de empresas gigantes, sino también a la perennidad de éstas (91). Pues bien, ningún marco jurídico más adecuado que la sociedad anónima para asegurar es

---

(90) BERLE-MEANS, "Società per azioni e proprietà privata, página 67.

(91) CHAMPAUD, op. cit., pág. 18.

ta permanencia, gracias precisamente a la negociabilidad que asegura el relevo entre sucesivas generaciones de titulares del capital social, por lo menos mientras la empresa siga prosperando.

b) Modicidad del valor nominal.--

Uno de los factores que, por otra parte, han contribuido a la negociabilidad (por eso lo estudiamos aquí) es el escaso valor nominal en que desde los vagidos de la sociedad anónima se han cifrado las aportaciones unitarias, las cuales siempre han estado al alcance del inversor modesto. Bien es verdad que, aún haciendo abstracción del proceso de depreciación secular del dinero, el valor bursátil medio y el valor nominal de las acciones son sensiblemente más elevados en la actualidad que a fines del siglo pasado, hecho que a juicio de algunos, indica un cambio en las técnicas de concentración de las compañías accionarias. Al aumentar el valor nominal mínimo del título, parece, efectivamente, que el legislador se ha propuesto descartar el ahorro ínfimo de toda transacción, y en especial de la suscripción (92). Ahora bien, se trata de casos raros, que no han alterado en absoluto el papel fundamental de la acción como vehículo de incorporación de capitales ahorrados por la masa de pequeños o medianos inversores. Acciones de quinientas o de mil pesetas, que son las más corrientes en España, están al alcance de cualquier modesto rentista.

El bajo valor de la acción no sólo hace posible movilizar el ahorro al servicio de la gran empresa, sino que le incita a invertir en una empresa industrial o comercial, a pesar de los riesgos que se le imputan. Precisamente la negocia

---

(92) Por lo que se refiere a España, el proyecto de Ley de Sociedades Anónimas publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas nº 339, de 2 de octubre de 1.950 (página 6.104 y siguientes) preveía (artº 5º): "Valor mínimo de las acciones.- El valor nominal de las acciones en que esté dividido el capital social no podrá ser inferior a 500 (quinientas) pesetas, y en todo caso será múltiplo de 100 (cien)". Sin embargo, el texto definitivo de la Ley no ha fijado lí-

bilidad del título y la limitación de responsabilidad, unidas al escaso valor de lo que representa, disipan los temores y recelos del inversor modesto. La expectativa de beneficios termina venciendo fácilmente a la prudencia. Por otra parte, como cada título cuesta poco dinero, el inversor puede perfectamente ir formando una cartera variada en la que se igualen las probabilidades positivas y las negativas, los títulos seguros y los azarosos.

Cabe señalar, por fin (93), en un plano socio-político, que el bajo importe de las acciones y su consiguiente diseminación en el público, han legitimado ideológicamente en el ánimo de muchos demoliberales la concentración de capitales a través de la sociedad anónima.(94)

c) Facilidad de especulación.-

Al ser transferible, la acción es un valor mobiliario, el más corriente, el más abundante, el que permite las operaciones más ágiles y descorporeizadas, el que justifica y determina esencialmente la existencia y funcionamiento de los mercados de valores. Por eso, han sido los mercados financieros uno de los factores de centralización de capitales y empresas. El mercado bursátil, la prensa y la publicidad financiera que le rodean, exaltan el carácter de juego de azar y expectativa de las operaciones, un aliciente más para muchos inversores imbuidos de animus lucrandi, facilitando, por otra <sup>parte,</sup> el papel aglutinador de los bancos encargados por su clientela de operar por cuenta de ella. La existencia de los mercados financieros y sus técnicas especiales hacen, en principio, más fáciles las operaciones para alzarse con la propiedad mayoritaria de una sociedad. La más espectacular es la oferta pública de compra en masa de los títulos de una

---

(93) CHAMPAUD, op. cit., página 23.

(94) JANNET, "Le capital, la spéculation et la finance au XIX<sup>e</sup> siècle", páginas 31, 161, 165, citado por CHAMPAUD, op. cit., nota (6) de la pág. 23.

blique d'achat (O.P.A.) de los franceses, cuya multiplicación increíble en los últimos años, primero en los Estados Unidos, luego en Europa, ha derivado en manejos poco limpios y en cúmulo de abusos. En Norteamérica, a consecuencia del crack financiero de 1.929, subsiguiente a la ola de especulación bursátil más desenfrenada de la historia (la cena de Baltasar del capitalismo liberal de viejo estilo), se creó en 1.934, para paliar estos excesos, la Securities and Exchange Commission (S.E.C.), que vela por la información exacta y puntual de todo accionista o portador de títulos, así como por su defensa frente a movimientos de manipulación dolosa o concertada de las cotizaciones, y en Inglaterra, la City se ha visto obligada, hace muy pocos años, a poner en vigor un "Código de ofertas públicas de compra" (Take-over bids rules) que, tachado de insuficientemente riguroso, es materia de revisión. En Francia, la recientemente creada Commission des Opérations de Bourse se propone el mismo objetivo, a la vista de algunos episodios poco ejemplares.

d) La limitación de responsabilidad como factor centralizador.-

Realmente es el elemento decisivo en el proceso, hasta el punto de que la historia de la responsabilidad del socio es no sólo la propia historia de la sociedad anónima, sino, en definitiva, la del nacimiento y extensión de los grandes negocios. El principio de que los socios no respondan personalmente de las deudas societarias una vez efectuada su respectiva aportación y de que, en consecuencia, el accionista no pueda perder más que la suma desembolsada para adquirir su título, reduce, efectivamente, los riesgos en suficiente medida para vencer el natural recelo a lo desconocido y aleatorio. Diremos, incluso, que, una vez establecida la negociabilidad de la acción, la responsabilidad reducida era condición necesaria y, a la vez, suficiente. Como ha sintetizado JESUS RUBIO, "la



sociedad anónima surge, en definitiva, para superar... las dificultades económicas y jurídicas que la empresa asociativa - medieval no era ya capaz de resolver" (op. cit.).

Por otra parte, la limitación de responsabilidad ha favorecido, según determinados autores, la creación de empresas gigantes, al dar a sus promotores, o sea, a sus primeros accionistas, la audacia indispensable al lanzamiento de nuevos negocios, en grado inversamente proporcional a la medida de su responsabilidad patrimonial efectiva (95).

e) Un incentivo más: la posibilidad de títulos al portador.-

Las acciones pueden ser indistintamente nominativas, es decir, extendidas a nombre de su propietario, o al portador, según la inmensa mayoría de los ordenamientos nacionales, que dejan este punto al arbitrio de los particulares, salvo para compañías explotadoras o concesionarias de ciertos servicios públicos que afectan a la seguridad nacional o a los intereses del Estado, en que se suele imponer legalmente la forma nominativa. Italia es actualmente la única excepción de relieve, ya que su Código civil impone la forma nominativa, salvo para las regiones de estatuto autónomo (Cerdeña y Sicilia), que tienen libertad plena en este punto. Pues bien, el hecho de que no conste en los títulos representativos de las grandes compañías el nombre del propietario incrementa aún, si cabe, la agilidad de transmisión y la facilidad de transferencia del capital societario, haciendo posible, como ha sucedido efectivamente muy a menudo, que un individuo o un grupo poderoso adquiriera en un momento dado en Bolsa, de modo discreto y desapercibido, un paquete mayoritario de una firma de capital cuantioso, sin que los administradores o principales accionistas se den cuenta de la operación hasta la próxima Junta General, semanas o meses después. El anonimato de la acción es,

pues, a nuestro juicio, el primer incentivo psicológico para la concentración, como lo es toda puerta entreabierta y no vigilada a la entrada del curioso o del ladrón. De ahí que en los últimos tiempos un sector aumentativo de la doctrina y jurisprudencia mercantilistas postula nominatividad de los títulos, al menos en las grandes empresas, y si bien lo hace guiado por consideraciones preferentemente privatistas de protección de la masa de pequeños accionistas, empieza también a invocar el peligro del aglutinamiento de las firmas por los colosos financieros. Por nuestra parte, creemos que implantar la nominatividad obligatoria en compañías que sobrepasaran ciertas cifras de capital no afectaría, en absoluto, las posibilidades de negociación bursátil de sus títulos, como lo demuestra el caso de la mayoría de las sociedades británicas (cuyas acciones suelen ser nominativas) y, en nuestro país, el de varias firmas punteras de muy diversos sectores (96).

5.- Otro medio acumulador de capitales: la obligación.-

No sólo a base de acciones, no sólo mediante el aumento o ampliación de capital a cambio de nuevas acciones y su colocación entre el público o los bancos, satisfacen las sociedades su necesidad de cuantiosos recursos crematísticos. Aparte, naturalmente, de la autofinanciación, existe el método del empréstito público mediante la emisión de una serie más o menos numerosa de títulos-valores que reciben el nombre de obligaciones y que, extendidos ora en forma nominativa, ora al portador, por importe nominal fijo, garantizan al suscriptor el cobro periódico de un interés, también fijo, si bien en los últimos tiempos empiezan a generalizarse modalidades de obliga-

---

(96) Citemos, por ejemplo, en el sector de obras públicas, Entrecanales y Távora, S.A., con un capital de 144 millones de pesetas dividido en 288.000 acciones de quinientas pesetas; Huarte y Compañía, S.A., con un capital de 500 millones, representado por 500.000 títulos de 1.000 pesetas; en el sector del aceite, Carbonell y Cía., S.A., con un capital de 100 millones, dividido en 200.000 acciones de 500 pesetas, y Aceites Elosúa, S.A., con un capital de 80 millones, representado por 16.000 ac

ciones de renta variable, que procuran contrarrestar la constante devaluación monetaria ofreciendo al suscriptor algunas de las ventajas de la acción; así, las obligaciones con cláusula de estabilización, muy conocidas en Francia con el nombre de "obligations indexées"; las participaciones, llamadas "participating bonds" en los Estados Unidos, cuyo interés se determina en proporción a los dividendos correspondientes al accionista, etc. Las obligaciones, prototipo, en teoría, de los títulos llamados de renta fija, aunque hoy, repetimos, ya no guardan rigurosamente ese carácter, son objeto de negociación en Bolsa como las acciones, y al contratarse libremente en el mercado de valores, constituyen uno más de los medios de afluencia del capital a las sociedades anónimas, y, sobre todo, son un instrumento de financiación inasequible, legal y económicamente, a las demás formas de sociedades mercantiles, que únicamente pueden obtener crédito por vía bancaria.

Por otra parte, se está abriendo paso en los últimos años una variante de la obligación que supone un paso decisivo en el largo proceso de acercamiento de este título al status legal y económico de la acción, a saber la "obligación convertible", esto es, la que da opción al suscriptor para convertirla en acción si en momento dado la coyuntura bursátil es más favorable a los títulos de renta variable, como son las acciones, que a los de renta fija. De este modo, se combinan las ventajas de ser acreedor con las de ser socio.

#### 6.- La sociedad anónima como órgano aglutinante de empresas.-

Hasta aquí, la fase previa de reunión de capitales en una entidad. Examinemos ahora la etapa más interesante, aquella en que una sociedad anónima procede a la anexión total o parcial de otras compañías, participando en mayor o menor medida en el capital de ellas.

En los últimos años del siglo pasado y a principios del XX empezó a desarrollarse en los Estados Unidos y Alemania,

- 125 -

e inferiormente en otras naciones industriales, un proceso - nuevo, el de los grupos de sociedades anónimas vinculadas entre sí mediante un entramado tan complejo como ingenioso de participaciones de capital, a veces, incluso, de participaciones - cruzadas o recíprocas. En realidad, el fenómeno se había dado ya mucho antes: por ejemplo, en la famosa Société Générale belga y otras sociedades financieras y bancarias desde la cuarta década del siglo XIX (97), pero no cobró dimensiones apreciables, fuera del sector de referencia, hasta la época finisecular.

Corresponde a HILFERDING en "El Capital Financiero" (98) el mérito, compartido con SOMBART en su "Apogeo del Capitalismo" y en "El Capitalismo Moderno", de haber elaborado el primer análisis detenido del ayuntamiento interempresarial a través de la sociedad anónima, si bien acentuando preferentemente el aspecto de proliferación de nuevas compañías accionarias a partir de otra existente. Partiendo de una experiencia prácticamente universal ya a principios de siglo, HILFERDING explicó claramente, con ejemplos de la vida real, inspirados fundamentalmente en las economías alemana y estadounidense, cómo una sociedad por acciones podía llegar al dominio de compañías muy numerosas con un capital varias veces superior al de la primera, mediante un procedimiento de fundaciones sucesivas a través de sociedades intermedias, de tal modo que el sistema en su conjunto constituía una especie de pirámide cuya base era la multitud de compañías hijuelas y cuya cúspide aparecía ocupada por la promotora. El ejemplo típico que el autor citaba era el caso de la compañía ferroviaria Rock Island Co., en los Estados Unidos; esta entidad era un holding que controlaba, a la vez, a la Chicago Rock

---

(97) Cfr. "Morphologie des groupes financiers" (Structures économiques de Belgique), publicado por el Centre de Recherche et d'information socio-politique (C.R.I.S.P.), Bruselas, 1.966, 2ª edición.

(98) Vide, págs. 125-126.

cisco Railroad Company, simplemente mediante una ingeniosa do-  
sificación de las acciones preferentes (preferred shares), úni-  
cas con derecho a voto, que poseía en el capital de estas tres  
firmas. Con ser significativo y espectacular, considerada la  
época en que se formuló, hoy nos parece hasta tímido el ejem-  
plo, pues parte de la hipótesis de que cada sociedad posee al-  
go más de la mitad de las acciones de la que funda a su vez,  
supuesto que no es necesario para que una compañía se asegure  
el dominio político efectivo de otra, como, por otra parte, el  
propio autor advirtió en diversos pasajes de su obra. Actual-  
mente, se suele reconocer que para el ejercicio de lo que con-  
vencionalmente se llama "control" de una sociedad anónima, bas-  
ta con una fracción modesta, tanto menor cuanto más disper-  
sada esté la propiedad de los títulos entre el público. Así  
lo han reconocido también las leyes antitrust en general, al  
fijar en el 25% ó el 30% del capital el porcentaje indicativo  
de una participación políticamente preponderante.

Ahora bien, lo que importa no es únicamente compro-  
bar que de hecho el dominio político de una sociedad se logra  
y ejerce cómodamente con porcentajes de su capital a veces ín-  
fimos (como demostró el propio HILFERDING en el caso de los  
Bancos alemanes respecto a las sociedades industriales, e hi-  
cieron BERLE y MEANS para el conjunto de la economía nortea-  
mericana), sino reconocer que en nuestros días, como apuntan  
GIRON TENA (99) y CHAMPAUD (100), reconociendo el parecer uná-  
nime de juristas y economistas, los grupos de sociedades de-  
sempeñan el papel principal en el movimiento general de con-  
centración de empresas y que a la postre la floración de es-  
tas figuras por encima de las fronteras nacionales y con todas  
las formas imaginables, es la apoteosis de la sociedad anónima

---

(99) "Las grandes empresas", págs. 103-109.

(100) "Lepouvoir de concentration de la société par actions",  
páginas 198-199.

como forma de organización jurídica interempresarial. "Sur-  
gido de la sociedad por acciones, el grupo es menos una técnica  
original que un marco enterizo de todos los medios jurídicos,  
todos los procedimientos que la práctica ha sabido poner al  
servicio de la concentración. El procedimiento no ha supri-  
mido las demás técnicas concentracionistas, sino que las ha  
fundido en combinaciones originales". (CHAMPAUD).

#### 7.- Sociedad anónima y unión de sociedades.-

Como observa RIPERT (101), "las sociedades se alían  
por el juego de la posesión del capital. La jurisprudencia ad-  
mite la validez de las sociedades de sociedades. Las hay que  
no tienen más actividad que la de administrar otras. Las hay  
que poseen recíprocamente acciones la una de la otra, y esta  
interconexión producía, en caso de ampliación del capital social,  
consecuencias...singulares... Las uniones de sociedades sir-  
ven para realizar coaligaciones (ententes) industriales".

Como se recordará, el primer gran proceso histórico  
de aglutinamiento de capitales se hizo precisamente a través  
de la sociedad por acciones. Los patrimonios gigantes así cons-  
tituidos fusionaban, a su vez, y las empresas a que quedaban  
adscritos cobraron pronto dimensiones colosales. A primera  
vista, ese resultado podía parecer meta, punto de llegada, pe-  
ro no fue más que otra plataforma de despegue. La empresa ha-  
bía alcanzado una envergadura que ya su dirección unitaria se  
tornaba insegura y laboriosa. Su cerebro rector no podía se-  
guir dirigiendo las células con rapidez y precisión. Ya AL-  
FRED MARSHALL había elaborado en 1.890 toda una teoría de los  
límites al crecimiento de la empresa, sobre todo por razón del  
declive en la capacidad y energía del empresario y de la difi-  
cultad de ampliar el mercado a partir de cierto nivel (102).

Sin embargo, la sociedad anónima ha suministrado una

---

(101) "Aspects juridiques du capitalisme moderne", páginas  
84-85.

vez más la fórmula susceptible de asegurar simultáneamente - la descentralización funcional y la unidad directiva. Participaciones accionarias, aportaciones parciales de activos, es cisión, sociedades comunes, son otras tantas modalidades de la estructura compleja y plural que adopta la empresa gigante con temporánea. En realidad, como ha demostrado HAMEL (103), las sociedades resultantes quedan sometidas a estrecha unidad de dirección económica, pues toman sus capitales de la misma fuen te, están sometidas al mismo control, tienen los mismos adminis tradores y sus directores técnicos suelen ser intercambiables. La compañía por acciones ha resuelto, al menos en teoría, el problema real o supuesto del crecimiento de la empresa por en cima de la dimensión máxima del establecimiento físico como - unidad técnica de explotación, y, por añadidura, ha hecho po- sible la yuxtaposición o acoplamiento de varias empresas co- nexas, ora paralelas, ora complementarias.

Sería interesante un paralelo histórico entre es- tructura de la unidad productiva y forma jurídico-institu- cional, las amalgamas entre firmas.

a) Del capitalismo individual a la gran empresa.-

Recientemente ha elaborado GIORGIO RUFFOLO (104) un sugestivo análisis estructural de la empresa moderna, distin- guiendo tres fases fundamentales:

1ª) la etapa del capitalista individual, más o menos so- litario, al que corresponde, en el plano organizativo, una "es- tructura embrionaria", período que cubre aproximadamente la - primera mitad de la centuria última ;

2ª) durante la segunda mitad del siglo XIX, proceso acu- mulativo de desenvolvimiento, jalonado por los siguientes "ac- tos": crecimiento inicial de un grupo pequeño de empresas "in- novadoras", pronto seguidas de un enjambre de imitadoras; com

(103) J. HAMEL "La personnalité morale et ses limites", 1.949, citado por CHAMPAUD en "Le pouvoir de concentration de- la société par actions", página 199.

(104) "La ande im resa nella società moderna", páginas -

no consecuencia de la aparición de excesos de capacidad productiva; intentos de las empresas para poner fin, mediante acuerdos, a una competencia "ruinosa", y fracaso de ellos; y desarrollo de la concentración horizontal y de la vertical o "integración", y, por último,

3ª) en la primera mitad del siglo actual, sobre todo en las dos postguerras, diversificación productiva de la gran empresa, que antes solía funcionar en un solo sector como consecuencia, en gran parte, de la necesidad de utilizar al máximo una serie de recursos que el ritmo de incremento de la demanda en el mercado no alcanza a absorber.

Pues bien, a estas mutaciones económicas corresponden cambios en el "plano organizativo". Así, mientras la figura del capitalista individual partea una estructura primitiva, - que suele ser la de una empresa puramente individual, ya en la segunda fase se evoluciona de la empresa individual y "en co-participación" hacia la sociedad por acciones. La fase tempestosa del crecimiento está dominada por el tipo del "capitán de industria", bajo cuyo mando la empresa avanza sin estructura de finida y formal, "en un contexto desorganizado y caótico", pero en la última parte del proceso sobreviene la primera mudanza, que consiste en que el poder absoluto del jefe se articula en una dirección colegiada, las funciones se diversifican y las relaciones de autoridad se formalizan. Nace la "empresa directorial", organizada por atribuciones funcionales y líneas jerárquicas. Ahora bien, esta empresa directorial no es otra cosa que la moderna sociedad anónima con su equipo de administradores técnicos más o menos permanentes ("managers" o "executives" u "organizationmen", según la terminología americana) poseedores del control de hecho, esto es, rectores de la sociedad. Por fin, la diversificación de la empresa que aflora en la tercera fase, aboca a una nueva "estructura", que es la "directorial descentralizada", la cual provoca más diferenciaciones en



estructura centralista "ya no puede de hecho cumplir los nuevos cometidos que le impone la ampliación del frente productivo". De nuevo cabe observar, aunque el autor no lo diga, que normalmente es el grupo de sociedades o la sociedad de sociedades por acciones, la cristalización de esta forma adelantada y compleja de la producción.

b) Dimensión y forma social.-

Es más general, aunque de menor nivel especulativo, el esquema de HENRI MIGEON sobre las clases de estructura empresarial (105): centralizada, departamental, descentralizada y, por fin, el tipo holding.

La estructura centralizada consiste en una pirámide, cuya cúspide representa al jefe, que dispone de poderes absolutos, mientras que la base está formada por la totalidad del personal, que recibe sus órdenes, bien inmediatamente de él, bien de escalones intermedios. Es el supuesto de la empresa pequeña o mediana, y hasta cierto punto se puede comparar su esquema al de RUFFOLO sobre la etapa del primitivo capitalismo individual.

La estructura departamental supone, por el contrario, una envergadura considerable, que articula el establecimiento en secciones organizadas verticalmente, con un jefe al frente de cada una de ellas, dotado de amplios poderes delegados. Esa división es o por funciones (sección comercial, sección de relaciones públicas, oficina de contabilidad, sección industrial, etc.) o por productos o servicios, pero lo esencial estriba en que exista un mecanismo fijo de enlace y coordinación entre los departamentos y el jefe supremo, figura que puede encarnarse, ora en el individuo, ora en una minoría muy reducida. Pues -- bien, la sociedad anónima, sin ser el único molde jurídico capaz de conformar este esquema, es el marco más adecuado, por

---

(105) "Structures et concentrations", págs. 27-32, Les Editions d'Organisation, París, 1.967.

ser la institución más apta para cristalizar la distinción - entre instancias estrictamente técnicas o directoriales, con personal permanente vinculado por contrato de trabajo (los - "managers" o "executives" de que hablábamos) y órganos de alta administración, hasta el punto de que la mayoría de los sistemas legislativos han decretado la rigurosa separación entre los cargos de administrador, o sea, de mandatario designado por la Junta de Accionistas y revocable ad nutum, y de director o gerente técnico. De este modo se perfila en la sociedad contemporánea por acciones, a ejemplo y semejanza del Estado, una nítida dualidad entre Gobierno propiamente dicho y Administración, siendo el Consejo de Administración, a pesar de su nombre, el titular de la primera función, como lo es el Consejo de Ministros en el ente político, y el equipo de directores técnicos el encargado de la segunda, a imagen del moderno funcionariado público.

Ahora bien, la sociedad departamentalizada puede - seguir desarrollándose en términos tales que ya no sea suficiente la división en secciones funcionales y se imponga una descentralización decidida. En este proceso se aboca a la estructura descentralizada: la sociedad estalla, por así decir, en establecimientos distintos, con gran autonomía productiva y comercial, estructura que permite toda variedad de evoluciones, pues es factible jugar con el número de establecimientos y con su grado de especialización. Los directores de cada uno de ellos tienen responsabilidades bastante extensas, correlativas a considerables facultades gestoras en nombre de la firma, con un contenido delimitado expresamente en las delegaciones o investiduras correspondientes.

Los establecimientos delegados o secundarios pueden ser simples centros de explotación material, noción con la que empiezan a simpatizar algunos mercantilistas (106), si es que (106) Cfr. CHAMPAUD, "Le pouvoir de concentration de la société par actions", págs. 92-95, quien cita a su vez a A. PEYTEL y G. HEYMANN, "Les établissements à succursales multiples", l. 949; a VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", l. 962, etc.

jeto de la empresa, sin relacionarse contractualmente con el exterior, o bien sucursales, cuando son unidades que contratan en nombre de la empresa y que tienen clientela propia (precisamente la existencia de una clientela definida es lo que distingue a la sucursal de los demás establecimientos secundarios). Hay dos tipos básicos de sucursalismo: por un lado, la simple unidad o delegación local o regional, que está destinada a dilatar el área de influencia de la firma, y que constituye el supuesto clásico y tradicional, como las agencias bancarias y las tiendas de barrio de los grandes almacenes; y por otro, el "establecimiento de sucursales múltiples", que ya no es, como agudamente observa CHAMPAUD, una extensión de la empresa, sino la realización misma del acto y objeto de la empresa, y que se propone constituir centros gigantes en sectores donde la actividad económica se encuentra normalmente atomizada, como sucede en el comercio de alimentación al por menor.

Es significativo que la creación y mecanismo de estos establecimientos descansa en el supuesto de separación de las funciones administrativas del patrimonio de la empresa y - directoras de la explotación técnica, nota que, como hemos visto, se da con la máxima nitidez en la sociedad anónima. "He aquí por qué la inmensa mayoría de las sucursales y establecimientos secundarios de todo tipo pertenecen a empresas con forma de sociedad anónima; hecho universalmente conocido y estadísticamente apreciable" (107).

En cuarto y último término, aparece la estructura - de tipo holding como culminación de todo el proceso de crecimiento. Cabe objetar, desde un punto de vista metodológico, que el concepto es más bien jurídico que funcional, pero es innegable su plasticidad descriptiva. HENRI MIGEON expone claramente sus rasgos, no muy distintos de la estructura descen-

---

(107) "Le pouvoir de concentration de la société par actions," página 93.

tralizada:

1º). La "sede" se convierte en "sociedad-madre".

2º). Los establecimientos descentralizados pasan a ser "sociedades filiales", dotadas de personalidad jurídica y extensa autonomía financiera, a reserva del control que ejerce la sociedad-madre.

La estructura holding es la adoptada por las grandes empresas, sobre todo las de ámbito internacional, porque tiene, en mayor grado aún que la simple descentralización, gran descentralización y capacidad de adaptación funcional, desde el momento en que nada impide a las compañías-miembros evolucionar y transformarse, hasta engendrar sociedades filiales, y así sucesivamente.

#### 8.- La sociedad anónima como factor fusionante de empresas.

Como señala el propio RIPERT (op. cit., págs. 198-199), las "uniones" de sociedades "son a veces tan estrechas que las dos sociedades fusionan, y el Fisco ve favorablemente una fusión que consuma una concentración industrial. Es un matrimonio más perfecto que el de los seres humanos, pues las dos sociedades no son solamente dos en una misma carne, sino que ya no forman más que un solo ser". Efectivamente, de este modo se logra el ayuntamiento total, por el que desaparece no ya la independencia económica, sino la propia existencia jurídica de una, al menos, de las entidades en presencia.

Se llega así al grado máximo del proceso concentrador y de nuevo se comprueba que la sociedad por acciones realiza, mejor que ninguna otra, el complejo de operaciones de transferencia de activo y pasivo, con o sin liquidación total o parcial de patrimonios, con o sin incorporación de los socios de las compañías disueltas o absorbidas a la nueva compañía, en suma, el negocio jurídico compuesto que supone normalmente una transferencia global en el mundo de la empresa.

Si la responsabilidad se limita a la aportación individual del

es negociable en los mercados de capitales, la consecuencia es clara: el patrimonio de una compañía accionaria será el más fácil de transmitir por compraventa. El cambio de titularidad-- será rápido y sencillo, y cualquier entidad está expuesta al riesgo de una compra masiva de la mayoría o de la casi totalidad de sus títulos por un grupo financiero que actúe en la Bolsa con el designio de apoderarse del dominio virtual de la compañía, de lo cual la historia del capitalismo contemporáneo ofrece ejemplos tan frecuentes como espectaculares.

La fusión es el método de ayuntamiento empresarial por antonomasia, y es significativo, siquiera como símbolo, el hecho de que, como ha señalado, entre otros, JESUS RUBIO (108), "con el habitual retraso del Derecho sobre las realidades de la economía capitalista, los cauces jurídicos para la fusión como instrumento de la concentración de empresas sólo aparecen a fines del siglo XIX y comienzos del presente", es decir, medio siglo más tarde, según recuerda el autor, de que empezaran las integraciones de grandes compañías ferroviarias y mineras, con todas las dificultades que suponía la falta de una reglamentación especial y la necesidad de obtener el consentimiento unánime de los socios para el acuerdo de nuevo ingreso y la renuncia a sus cuotas de liquidación. En este punto, tiene también pleno sentido la afirmación de RUBIO de que "el fenómeno de la fusión de sociedades afecta virtualmente desde su origen casi de modo exclusivo a las anónimas".

#### 9.- La sociedad anónima como concentradora del poder económico.-

Estudiados los procesos de ámbito puramente empresarial, por un lado, aumento de la dimensión en el marco de la sociedad por acciones, por otro, la agrupación y ayuntamiento de unidades productivas en ese mismo molde institucional, nos (108) "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", pág. 406.

da íntimamente a los dos fenómenos anteriores, no deja de distinguirse de ellos teórica y conceptualmente. Esta nueva faceta es la que, en parte como síndrome, y mucho más como resultado de la primera y la segunda (sobre todo de la segunda), aboca a la acumulación del poder efectivo de dirección del sistema económico en manos de la plana mayor de las principales empresas, lo que sociólogos, economistas y publicistas suelen llamar, unas veces con razón y otras con demagogia, "el poder de las doscientas familias". BERLE y MEANS hablaron de "concentración del poder económico (109), refiriéndose específicoamente a las doscientas mayores "corporations" de los Estados Unidos. (Así como antes se ha hablado de concentración de capitales y aglutinamiento de empresas, ahora se trata de concen-tración de voluntades).

Es curioso comprobar cómo, por una paradójica involución de las estructuras capitalistas, en la segunda mitad del siglo XX se vuelve, en cierto modo, a la personalización de la empresa y del poder industrial y financiero, que fue el signo de la que hoy podemos llamar "época heroica" del siglo - XIX, de aquellos años dominados por la lucha truculenta entre los grandes capitanes de negocios: los ROTHSCCHILD, los ROCKEFELLER, CARNEGIE, VANDERBILT, PIERPONT MORGAN, KRUPP, THYSEN, SCHNEIDER, LEVER, etc. Es un proceso paralelo y concomitante, ¿cómo no?, al resurgimiento del poder personal en el Estado contemporáneo dentro de un marco institucional representativo, parlamentario y pluralista, después de un siglo de predominio real o aparente de los partidos y las normas constitucionales sobre la espontaneidad de la acción individual. La prueba nos la ofrece el lenguaje vulgar, la terminología cotidiana de los negocios, al designar a esos consorcios o grupos no por su razón social, sino por el apellido del in-

---

(109) "Società per azioni e proprietà privata," págs. 21 y siguientes.

de tal modo que no se dice tanto "La Seda de Turín y sus asociadas o filiales", por ejemplo, como el "grupo Moratti", o - "las sociedades automovilísticas italianas" como "grupo Agnelli".

Estudiemos en los próximos párrafos los supuestos y elementos fácticos y jurídicos de la nueva estructura oligárquica del capitalismo.

a). El punto de partida sociológico: la dispersión de la propiedad.-

Nos remitimos, en especial, a la correlación estadística trazada por BERLE y MEANS entre magnitud de la sociedad y grado de fraccionamiento de la propiedad susceptible de ilustrar con ejemplos numéricos. He aquí los más importantes y espectaculares:

<u>S o c i e d a d</u>	<u>Accionistas en 1901</u>	<u>Accionistas en 1931</u>
Telephone Co.....	10.000	642.180
Pennsylvania Railroad .....	28.402	241.391
United Steel Co...	15.887	174.507

La enorme difusión de los títulos sociales llevaba lógicamente aparejado el hecho de que el paquete poseído por cada accionista suponía un porcentaje despreciable del total, una participación pequeñísima del capital. Así, por ejemplo, en las tres compañías citadas, con referencia al año 1.929, el socio de mayor envergadura no llegaba al 1% de los títulos - respectivos en circulación. Los porcentajes exactos eran:

- Telephone Co. .... 0,70%
- Pennsylvania Railroad... 0,34%
- United States Steel..... 0,90%

El fenómeno era particularmente acusado en las empresas ferroviarias y en los servicios públicos, pero también se daba con intensidad en el conjunto del sector industrial. La tendencia a la popularización del accionariado se ha mantenido y multiplicado y constituye uno de los rasgos del sistema económico, casi diríamos del propio american way of life: en 1.966, entre los 48 millones de familias censadas de un to

eran portadoras de valores industriales, gracias al fantástico desarrollo de los mercados de capitales, pero más incómodo aún es el dato de que en 1.952 el número de portadores era de 6,5 millones, o sea, que en sólo catorce años se había triplicado la masa de accionistas, de tal modo que actualmente casi una familia de cada dos es titular de acciones. Esto tiene un significado inequívoco si se recuerda que la mayoría de los accionistas norteamericanos no pasa de una renta anual de diez mil dólares, y que concretamente a partir de 1.962 han irrumpido los obreros en la muchedumbre de propietarios de títulos: 439.000 en 1.962; 647.000 en 1.965, y actualmente, cerca del millón.

En cuanto a las compañías gigantes, cuya lista por orden de volumen de negocios, mano de obra fija y capital social publica anualmente la revista "Fortune" en su número de junio o julio, acusan más que nunca un fenómeno de accionariado popular, así reflejado:

<u>Compañía</u>	<u>Número de accionistas</u>
Telegraph and Telephone Co.	Más de 3 millones.
General Motors Co. (110)...	1,3 millones.
Ford Motors Co. ....	1 millón.

La situación es semejante en Europa, servata distantia, Por ejemplo, la Saint. Gobain francesa, fundada hace tres siglos por el Ministro COLBERT como establecimiento regio, suma más de doscientos mil accionistas, pertenecientes, en su inmensa mayoría, al tipo social del "français moyen", y lo mismo se puede decir de muchísimas sociedades industriales y financieras en la propia Francia y en el resto de Europa Occidental. España ofrece ejemplos de cierta consideración: así, la Telefónica, y los grandes Bancos. El "Banesto", por ejemplo,

---

(110) El caso de la General Motors es significativo, en cuanto a la distribución de la propiedad. De esos 1,3 millones de accionistas, más de un millón tienen menos de cien acciones, unos 270.000 poseen entre cien y mil acciones, y un poco más de veinte mil personalizan más de mil títulos cada uno.



contaba más de 65.000 accionistas al celebrar su Junta General de abril de 1.969, y el Banco Central declaraba hacia la misma época tener más de 50.000.

Como ha observado RIPERT (111), el régimen capitalista podía vanagloriarse de "haber democratizado la propiedad haciéndola accesible a todos". En lo sucesivo, continúa el autor, "la importancia del capital social no intimidará ya a nadie, ya que este capital está fraccionado entre miles de socios..... Esto permite que ya no se hable de los grandes paquetes de acciones y que nos enternezcamos con fervor democrático a propósito de los pequeños accionistas".

b) Corolario: la despersonalización de la propiedad accionaria.

Como se recordará, (112), el autor de "El Capital" había entrevisto el fenómeno al señalar como uno de los rasgos de la sociedad anónima la "transformación del capitalista que realmente opera en un simple gerente, en un administrador del capital de otras personas y de los propietarios del capital en simples propietarios, en simples capitalistas poseedores de dinero". A principios de siglo HILFERDING insistió en la importancia de la evolución (113): "Mediante la transformación de la propiedad en propiedad de acciones, el propietario se convierte en propietario con menos derechos. Como propietario de acciones depende de las decisiones de los demás propietarios; él no es más que un miembro (aunque no siempre servidor) de un conjunto. Con la difusión de las acciones, la propiedad capitalista se convierte así, cada vez más, en una propiedad limitada tal que no le da al capitalista más que un simple título de plusvalía, sin permitirle intervenir decisivamente en la curva de la producción... y así la propiedad de la mayoría de los pequeños capitalistas se limita cada

(111) "Aspects juridiques du capitalisme", páginas 90-91.  
(112) "Vide supra", número 2, página 115.  
(113) "El capital financiero", Capítulo VII, página 136.

da vez más... los capitalistas constituyen una sociedad sobre cuya dirección no tienen nada que decir la mayoría de ellos.."

Aun siendo cierto en alguno puntos, el análisis de MARX e HILFERDING se presta a la objeción de que deriva de una posición ideológica preconcebida sobre la concentración fatal e irremediable del capital. Por consiguiente, importa aducir testimonios más objetivos.

Fue quizá WALTER RATHENAU el más brillante expositor de la cuestión en los años posteriores al planteamiento de HILFERDING, describiendo así la situación en 1.918: "Nadie es propietario permanente, la composición del complejo multiforme que funciona como dueño de la empresa se encuentra en estado fluído... Este estado de cosas significa que la propiedad se ha despersonalizado... Los derechos de propiedad están subdivididos de tal manera y son tan móviles que la empresa cobra vida independiente, como si no perteneciese a nadie; asume una existencia objetiva como sólo en tiempos anteriores cabía encontrarla, incorporada en el Estado y la - Iglesia,... la despersonalización de la propiedad, la objetivación de la empresa, el despegue entre propietario y poseeedor, llevan al trance de que la empresa se transforme en una institución que se parece al Estado por su carácter" (114).

Años más adelante, en 1.922, publicó RATHENAU un opúsculo interesantísimo, "Vom Aktienwesen" (Berlín, Fischer Verlag), en el que, amén de insistir en el fenómeno transcrito, denunciaba ciertos aspectos psicológicos y espirituales en la actitud del accionista normal respecto a la gestión social. Por la misma época, diversos autores, como GEILER en Alemania, BROOKINGS en los Estados Unidos, describieron también el proceso de independencia de la compañía anónima respecto a sus titulares nominales.

(114) W. RATHENAU, "Von kommenden Dingen" (traducción inglesa "In Days to Come", Londres, 1.921, pags. 120-121) citado por GIAN ANTONIO BRIOSCHI en el prólogo a "Società per azioni e proprietà privata", de BERLE y MEANS, página XVIII.

la exposición más concienzuda. Según ellos, la consecuencia - "fundamental" de la tendencia a la difusión de las acciones en la gente era "el hecho de que el modo de ejercer el derecho de propiedad se ha trocado de activo en pasivo". En lugar de bie nes materiales efectivos, de los que podía disponer directamente y de los cuales era responsable, el propietario tiene hoy un pedazo de papel que representa un conjunto de derechos y opciones respecto a una empresa. Pero no tiene apenas "con trol", esto es, influencia dominante sobre la empresa misma, ni responsabilidad por lo que concierne a la gestión social. El elemento moral que antaño era característico de la propiedad se ha desprendido. Con la revolución de la sociedad por acciones, el propietario ha perdido este valor espiritual, así como lo perdió el obrero como consecuencia de la Revolución fa bril. Además, en la estructura de la compañía anónima, el va lor de los bienes de un individuo depende, en definitiva, de fuerzas completamente ajenas a él, independientes de cualquier acción suya, y permanece sujeto a fluctuaciones, así como a un proceso constante de "cotización".

Como, por otro lado, el patrimonio individual se ha hecho extremadamente líquido por efecto de la existencia de mer cados organizados es dable al propietario "convertir instantáneamente aquél en otras formas de riqueza. La riqueza tiene cada vez menos la forma que permite a su dueño usar directamente de ella y disfrutarla físicamente. El solo medio dispo sitivo que el dueño conserva, consiste en vender la cosa en el mercado". En conclusión, en el sistema de las sociedades "al propietario de bienes industriales se le deja tan sólo el sím bolo de la propiedad, mientras el poder, la responsabilidad y la disponibilidad sustancial que en el pasado eran parte inte grante de aquélla, pasan al grupo en cuyas manos reside el control!" (115).

(115) BERLE y MEANS, "Società per azioni e proprietà privata", Cap. IV, "Il frazionamento della proprietà delle azioni", página 68.

torizados si no fuera prolijo y fatigoso(116). Pasemos, pues, a exponer el estado general de cosas en que ha desembocado la evolución de la sociedad anónima como desembocadura inevitable de los dos procesos descritos, material, el primero, psicológico, el segundo.

c) Crisis en la sociedad anónima: divorcio entre propiedad y dirección.

Es la cuestión más estudiada por mercantilistas, sociólogos y políticos en materia de sociedades anónimas desde antes del novecientos, y puede decirse que ha sido la musa del reformismo legislativo de la sociedad por acciones, no siempre en la misma dirección, ni con uniformidad y coherencia, pues, por una parte, se plantean problemas de defensa de los pequeños accionistas, y por otra se comprueba, por razones de eficacia y realismo, la necesidad de reconocer una tendencia inevitable en las grandes compañías, a saber, la acumulación de las facultades decisorias en reducidísima minoría de administradores. Los autores anglosajones hablan en la materia de "separación entre propiedad y control", y la expresión ha hecho fortuna estos últimos años en los textos legislativos y tratados teóricos del Occidente capitalista, más o menos influidos por el modelo norteamericano.

Sin embargo, no sería honesto olvidar que el propio MARX entrevió los primeros síntomas, al advertir cómo uno de los rasgos del funcionamiento de las sociedades por acciones era "la transformación de los propietarios del capital en simples propietarios, en simples capitalistas poseedores de

dinero". Posteriormente, HILFERDING desarrolló el pronóstico  
(116) Así W. SOMBART ("El apogeo del capitalismo", tomo II, págs. 223-224): "Esta masa de accionistas se compone en su mayoría de gentes a las cuales su consejero en la ventanilla del Banco les ha endosado una acción, de la cual ellos ni siquiera saben a qué empresa pertenece, y con toda seguridad no tienen idea de a qué se dedica la empresa y menos aún conocimiento alguno de sus negocios."

que en la medida en que se desarrolla el mercado de valores, el accionista se parece cada vez menos al capitalista-empresario o capitalista-director, y cada vez más a un prestamista habilitado para recuperar la posesión de su dinero cuando lo desee. Queda, a lo sumo, la diferencia de que el accionista corre un riesgo de pérdida indudablemente mayor que el simple prestamista, y por lo tanto la esperanza de que el beneficio de las acciones exceda al interés del dinero por una prima variable sobre el riesgo. Salvo esta limitación, es completa la transformación del accionista de capitalista industrial, perceptor de ganancias, en capitalista poseedor de dinero y perceptor de intereses (117).

Hasta aquí, el planteamiento descriptivo del fenómeno. Veamos sus manifestaciones:

d) Socios "versus" sociedad.

La compañía por acciones, tal como la configuró el legislador del siglo XIX, se inspiraba en una concepción netamente democrática, semejante a la que cien años antes había informado "El Contrato Social", de J.J. ROUSSEAU, en el área de lo cívico y lo político: igualdad estricta y absoluta de todos los socios en proporción exacta a su participación en el capital, derecho de todos al voto, facultad para pedir cuentas y, en su caso, deponer a los administradores mediante acuerdo de la junta general, que se configuraba como órgano soberano (como lo era el censo electoral en el Estado demoliberal). Ahora bien, este esquema simplista y teórico era posible únicamente en las sociedades pequeñas, del mismo modo que el ideal de democracia directa sólo era realizable en comunidades de superficie minúscula y padrón reducido (como el propio ROUSSEAU advirtió reiteradamente), y de hecho se comprueba a menudo que

(117) HILFERDING, "El capital financiero", Capit. VII, "La sociedad por acciones", págs. 109-139.

sí y con la administración, acuerdo influido, en medida notable, por relaciones de parentesco, trato personal u otras afinidades entre ellos. Pero en las grandes empresas es casi constante el conflicto entre los accionistas representados por la junta general y el equipo que ejerce la gestión societaria, así como entre grupos determinados de socios, paralelamente también a lo que ha sucedido en las democracias modernas, a compás del incremento demográfico y de la aumentativa complejidad técnica de los asuntos de gobierno y del antagonismo de clases e intereses. Como ha dicho gráficamente GARRIGUES: "Es la oposición entre el capital (de los accionistas) y la personalidad (de los administradores)" (118). Los administradores persiguen sobre todo, por no decir exclusivamente, el interés de la empresa, su conservación y prosperidad, objetivos que no siempre coinciden a corto plazo, y que, a menudo incluso, chocan, con el animus lucrandi o speculandi del socio corriente. La pasión del beneficio y sobre todo la expansión trepidante del negocio, el brillo de su prestigio, constituyen justamente el leitmotiv del capitalismo contemporáneo, y han hecho de los "executives", "managers" y "organization men" de la industria norteamericana poco menos que los sumos sacerdotes de una nueva religión de la "concepción fáustica del dinero como instrumento de poder y de riqueza" (NUSSBAUM dixit).

En la divergencia radical de concepción del papel de la compañía en el mercado late el germen de aniquilamiento, o al menos de adulteración, del régimen democrático con que nació la figura. "Dentro del régimen democrático en que la sociedad anónima legalmente se organiza, la administración está sometida al capital, y este régimen lleva consigo el peligro de entorpecer las iniciativas vigorosas, las decisiones rápidas, las dotes de organización de los administradores", ob-  
(118) "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas",  
pág. 64 (Edit. de Derecho Privado, Madrid, 1.933).

que al contraponerse las miras de los pequeños accionistas y las ambiciones de los administradores, surge una "antítesis - fundamental" (con sentido hegeliano) en el funcionamiento de la institución.

En la cuarta década del siglo XX, fueron varios los autores que, desde diferentes ángulos, trataron el fenómeno, refiriéndolo a tendencias profundas de cambio en la mentalidad y actitud del capitalismo contemporáneo: evolución del derecho de propiedad y de la noción misma de beneficio, metamorfosis de las concepciones sobre el papel de la empresa y de la competencia misma, etc. (120) Recientemente, el mismo ADOLF BERLE ha lanzado una tesis sugestiva, según la cual cuando, como ahora, se asiste a la instauración de un dirigismo semi-público, semi-privado en la economía capitalista, a través precisamente de las grandes sociedades y grupos o complejos financieros, los dirigentes que las controlan (nuevos barones feudales de la era contemporánea) empiezan a concertarse entre sí y con los depositarios del poder político, para operar de forma menos subjetiva, o mejor dicho, para templar y matizar las apetencias de lucro inmediato y especulativo, en aras de una política de estabilidad, pleno empleo y convivencia interempresarial, así como de fomento de planes comunes que por su envergadura técnica y financiera superan los recursos de un solo grupo o complejo financiero. No se suprime, naturalmente, la meta del beneficio, sino que se busca la armonía entre beneficio de la empresa e interés general, lo cual, dicho sea incidentalmente, implica cierta rebaja, cuando no supresión, de la competencia. Es más, los magnates sienten ya una especie de "responsabilidad social" (121), una preocupación paterna-

---

(119) Op. cit., página 64.

(120) Cfr., entre otros, BERLE y MEANS, "Società per azioni e proprietà privata", capítulos VI de la parte primera, y I, II, y III de la parte cuarta.

(121) ADOLF A. BERLE, "Le capital américain et la conscience du Roi", París, Colins, 1.957.

sas en la estructura económica nacional e interfronteriza; por supuesto, el accionista anónimo y modesto de cualquiera de sus compañías es ajeno por completo a este tipo de preocupaciones.

Ahora bien, lo expuesto conduce a preguntarnos por qué se da, en definitiva, esa contraposición entre la masa de socios y un grupo de administradores que, al fin y al cabo, son precipitado jurídico y también físico de la masa de socios en la mayoría de los casos. La respuesta se halla en el análisis de las diversas motivaciones que guían a los accionistas, según veremos a continuación.

e) Las dos categorías de accionistas.

En la sociedad anónima, como en todo grupo humano, grande o pequeño, antiguo o moderno, religioso o civil, lucrativo o desinteresado, emerge fatal e inmediatamente una dualidad fundamental: los que pretenden mandar y los que se contentan, participando o simplemente subsistiendo. Por lo que se refiere a las compañías anónimas, desde sus mismos comienzos, se han trazado distinciones entre los socios desde el punto de vista de sus intereses propios, a veces contrapuestos, y de su papel en la política de la sociedad.

Como patriótica y oportunamente recuerda GARRIGUES (122), fue un coterráneo, JOSE DE LA VEGA, quien primero señaló, a fines del siglo XVII, las diferencias entre los accionistas en un texto que numerosos autores extranjeros alaban y que, cómo no, apenas ha sido recordado entre nosotros: "Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su ethimologia, su realidad, su juego y su enredo" (Amsterdam, 1.688). El autor apunta la disparidad entre los que buscan una colocación a su capital y aquellos otros que se proponen, sencillamente, ad (122) "Nuevos hechos, nuevo derecho sociedades anónimas", página 65 in fine.



cular en Bolsa. A los primeros los llama "príncipes de renta", pues siendo su intento no venderlas, sino "ir cogiendo el fruto", poco les importa que las acciones valgan más o menos, y de los segundos dice que conciben el negocio como "mercaderes" o como "jugadores".

Esta distinción (que, en rigor, para nuestra exposición puede reducirse a sus dos términos: los accionistas con mentalidad empresarial y los accionistas con ánimo estrictamente lucrativo) se reproduce, como señala a continuación el propio GARRIGUES, en las monografías alemanas (cabría añadir que también en las no alemanas). Así, RATHENAU, en su "Vom Aktienwesen" distingue dos tipos de accionistas: los que vinculan permanentemente su capital a la empresa, y los que adquieren títulos con finalidad simplemente especulativa. La clasificación se repite en la obra de LUDEWIG "Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts" (Marburgo, 1.929), en la de HAUSMANN ("Vom Aktienwesen und von Aktienrecht", Berlín, 1.928), y en la de SOMBART ("El apogeo del capitalismo", II, págs. 223-224). HAUSMANN contrapone concretamente los grandes accionistas (accionistas de empresa) a los accionistas ocasionales, ora con fines de colocación, ora con propósito de especulación (accionistas nómadas).

#### 10.- Centralización del "control" directivo de la sociedad por acciones; principales modalidades.-

Ante todo, señalemos, de acuerdo con BERLE y MEANS, que abordamos un concepto distinto y separado tanto de la propiedad como de la administración, en el sentido tradicional. No se trata de un concepto clásico, sino de una noción moderna, que responde a las circunstancias actuales de la sociedad por acciones a escala macroeconómica. "Igual que la idea de soberanía, que es su correlato en el campo de las ciencias políticas, se trata de una figura huidiza, en tanto en cuanto el

dad" (BERLE y MEANS). Veamos en los párrafos siguientes el resultado de los esfuerzos del análisis jurídico del fenómeno.

a) El concepto jurídico de "control".

Aparte de que se halla ausente de las leyes como vocablo y aun como idea, la palabra no deja de ser ambigua. Según observa MICHEL (123), el término tiene en el vocabulario jurídico dos acepciones (al menos en Francia). En sentido general, poder de control es poder de vigilancia y de reforma de actos de gestión patrimonial, y en este sentido se habla del control de los accionistas o de la junta general sobre los administradores, y también del control de éstos por los comisarios de cuentas. Ahora bien, recientemente se ha empezado a emplear el concepto como poder de dirigir la actividad social. En sentido clásico y originario, el término designa genéricamente un conjunto de técnicas jurídicas susceptibles de limitar los poderes dispositivos de una persona sobre un patrimonio que no es el suyo, en nuestro caso el de los administradores sobre los bienes de la sociedad; en el otro significado, se designa precisamente esta clase de poder o facultad, de hecho más bien que de derecho, para destinar un patrimonio social a unos fines empresariales sin contar virtualmente con la voluntad consciente de los socios. En estas condiciones, no sería imposible, como agudamente observa CHAMPAUD (124), hablar de "control del control".

a' - Antecedentes.

Algunos autores utilizan el vocablo únicamente en su primera acepción: control de los accionistas sobre el Consejo de Administración o sobre los administradores, o bien de los comisarios de cuentas sobre éstos, o incluso del que debe ejercer el Estado sobre las sociedades importantes por motivos de orden público económico, del mismo modo que los - - - - -

(123) "Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité", Paris, 1.923, cit. por CHAMPAUD, op. cit., página 103, nota 2.

(124) Op. cit., página 105.

lativos, como la importantísima reforma francesa de 24 de julio de 1.966, se atienen al concepto clásico (125). Hay también quien emplea las dos acepciones. Todo lo cual explica que la mayoría de los mercantilistas cuiden de añadir a la palabra, cuando la usan en el sentido de poder de dirección efectiva, un calificativo que la distinga netamente, o de especificar el matiz. En cambio, es frecuente entre economistas y sociólogos, por influjo de la terminología anglosajona, utilizar el sustantivo a secas.

En la doctrina europea del derecho, fue la rama del Derecho Internacional Privado la primera en abordar la noción de dominio político de una sociedad bajo un prisma jurídico, concretamente cuando durante la Primera Guerra Mundial y a raíz de ella, tuvieron los Tribunales de ciertos países beligerantes (Francia, sobre todo) que determinar, a efectos de confiscaciones y reparaciones bélicas, si una compañía domiciliada en territorio propio debía o no considerarse extranjera al poseer participación en su capital de súbditos o grupos de una potencia enemiga. Según la magnitud de esa participación foránea y también según el grado en que la política de la firma hubiese seguido directrices "importadas", se decidía, un tanto casuísticamente, si la entidad estaba o no sometida de hecho al "control" de grupos o intereses extranjeros.

Lo que antecede revela una dificultad más: en el derecho europeo apenas se había empezado a elaborar, y sólo jurisprudencialmente, una noción contingente y mudable que, por otra parte, no se centraba en la sociedad anónima individualmente considerada, sino en grupos de dos o más compañías, y sin que se formulase definición alguna. Así, las cosas la se

(125) Cfr. "Boletín de Legislación Extranjera de las Cortes Españolas", nº 165 (mayo-junio 1.966), "Ley francesa de sociedades mercantiles", capítulo IV, Sección VI, "Control de las sociedades anónimas", página 246.

Estados Unidos, importó el término como sinónimo de dirección efectiva de los asuntos sociales de una firma por una persona física o jurídica desde dentro del ente mismo. Resulta, pues, que, por una parte, aún hay pocos textos legales en el Viejo Continente que hablen de "control" en este sentido y que, por otra, el único sector de la doctrina y la jurisprudencia que utilizaba el vocablo lo hacía estrictamente acerca de la cuestión de saber si una sociedad era o no filial de otra, o sea en el campo de las relaciones entre compañías, no en el plano interno de una de ellas.

b') - Criterios de definición.

Adelantemos, de acuerdo con la totalidad de los autores, que no se ha logrado aún dar forma jurídica a este Proteo socio-político que reviste todas las formas del derecho de sociedades si se pretende aprehenderlo. Así, VAN-HAECKE, que tras ciento sesenta páginas (126) confiesa resignadamente la imposibilidad de una definición. No cabe, empero, la renuncia a intentarla. Digamos, con CHAMPAUD, a título provisional, que el "control" es "el poder efectivo de dirección de los asuntos sociales" y que las definiciones propuestas pueden clasificarse someramente en dos categorías: formales y sustanciales.

a'' = Las definiciones formales tratan de captar más las manifestaciones que la naturaleza del control, y a menudo por datos puramente cuantitativos, y sencillos. El indicio normalmente escogido es la posesión de una participación importante de capital, por ejemplo, la mitad o el tercio de las acciones. Es lo que hacen los textos legislativos que tratan específicamente de exaplanar lo que se entiende por sociedad matriz y por filial. La única ventaja del plantea-

---

(126) "Les groupes de sociétés", págs. 1-187. En la conclusión del Título Primero, VANHAECKE deduce que el "control" aparece como "noción extremadamente variable" y que es mucho más "una noción de hecho que una noción de derecho" (pág.185)

plena de la ley. Pero su simplismo aritmético acarrea inconvenientes mucho mayores, ya que, adoptado sin discriminaciones, el método conduciría a la atribución del control a accionistas que no lo tienen, y no permitiría, en cambio, concretar ciertas situaciones de dominio real.

Los criterios cuantitativos han sido relegados por la jurisprudencia y para distinguir el control, los jueces recurren a un método cualitativo susceptible de pecar por complejidad: determinar quién ha fundado la sociedad, quién posee sus acciones o, al menos, los paquetes importantes; quién ocupa los cargos directivos y de administración, quién financia las operaciones sociales, quién asume la vigilancia de la contabilidad, etc. Ahora bien, este es un planteamiento - que, si permite obtener resultados aceptables, no conduce a una definición formal, pues sólo capta la noción a través de sus modalidades de ejercicio.

La doctrina ha pretendido remediar los inconvenientes de los criterios formales, intentando formular

b' = definiciones sustanciales, fundadas no en los fenómenos, sino en los atributos esenciales, pero los textos legales, así como los pronunciamientos judiciales, rara vez contienen definiciones de ese tipo. Sin embargo, en los últimos tiempos aparecen ya disposiciones que tal vez nebulosamente pretenden definir el control como el poder de decidir o determinar la gestión de las empresas (127), si bien muy rara vez emplean el término literal (128).

---

(127) Así, CHAMPAUD (op. cit., pág. 152, nº 171) cita en el ordenamiento positivo francés el artículo 2º del Decreto 684/1.954, de 26 de junio, para aplicación de la Ley de 10 de abril del mismo año: "se considerará colocada bajo la dependencia de otra empresa o efectivamente dirigida por ella, toda empresa en la que directamente o por personas interpuestas, esta empresa ejerza de hecho el poder de decisión".  
(128) La única excepción importante es el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero ("CECA"), en su artículo 66, desarrollado por Reglamento de 6 de mayo de 1.954 (vide supra Capítulo I, página 107).

adquirido por una persona, un grupo de personas, una sociedad mercantil, una colectividad o un Estado, de dirigir en una época dada la actividad mercantil de una sociedad"; y por fin VAN HAECKE (tesis citada, página 25) conceptúa: "El dominio (la maîtrise) intenso y permanente ejercido sobre una o varias sociedades por un sujeto de derecho, individuo o persona moral, por medio de instituciones propias al derecho de sociedades". El denominador común de estas definiciones es la presencia de la idea del dominio político en la sociedad.

Las calificaciones sustanciales adolecen de imprecisión, como reconocen sus autores, algunos de los cuales terminan, como VANHAECKE, por desistir, aduciendo que, en definitiva, se trata de una noción de puro hecho. De todos modos, mejoran y superan a los formales.

c' - Crítica de los diferentes criterios.-

Quizá la insuficiencia de todos ellos, tanto cuantitativos como cualitativos, así sustanciales como formales, radique (130) en que en su inmensa mayoría han sido elaborados para servir de base o instrumento a estudios en los que el control desempeña papel importante, pero al fin y al cabo accesorio, concretamente en tratados sobre la nacionalidad de las compañías, el régimen de filiales y grupos de sociedades, etc. La única excepción notable es la de VANHAECKE, si bien su obra se circunscribe al tema concreto de los grupos, como anuncia el propio título de la tesis. El resultado es que el control se ha estudiado de modo subsidiario y no como objeto principal.

Otra razón del fracaso relativo de las nociones formuladas estriba en que tanto la doctrina como el legislador se han limitado a describir las modalidades y representaciones prácticas y aparentes del fenómeno, en lugar de profun

---

(129) "Le contrôle économique des sociétés et les rapports avec leur nationalité", pág. 7 (París, 1.923).

(130) CHAMPAUD, op. cit.

y finalidad. Por otra parte, a la mayoría de los autores les ha tentado la comparación del dominio de una persona física o moral de una sociedad y las relaciones de potestad que se dan en el derecho de familia, concibiendo el "control", en último término, como algo parecido a una potestas, a una institución del derecho de personas. La misma terminología es reveladora: "sociedades matrices", "filiales", "familias de sociedades", etc. Es en las relaciones jurídicas sobre los bienes donde - hay que situar el control. Su interés y significado no radica tanto en el ascendiente "moral" que confiere sobre determinados entes físicos o jurídicos cuanto en la magnitud de los poderes que permite ejercer sobre los bienes sociales.

El intento más interesante de los últimos tiempos por superar las fórmulas expuestas y llegar a una noción unitaria, es seguramente el acometido por el propio CHAMPAUD (131), quien parte de una observación capital: el control es siempre "un poder de gran intensidad sobre bienes de los que los titulares de aquél no son ni poseedores ni propietarios". Este es precisamente el caso de los administradores de sociedades. Aho bien, este poder no puede existir sin cierto número de condiciones previas: en primer lugar, un patrimonio cuyo titular se halle en la imposibilidad física de gestionarlo por sí mismo, supuesto que se da justamente cuando el propietario es una persona moral; en segundo lugar, necesidad de confiar la gestión de esos bienes comunitarios a una minoría de mandatarios o representantes; en tercer y último lugar, alteración o cambio de la relación técnica de mandato por abandono de autoridad y vigilancia de la mayoría de los accionistas, titulares nominales de la soberanía en la sociedad. Admitido este supuesto fáctico, los administradores dominan la sociedad, puesto que utilizan su patrimonio en el sentido de que deciden ellos y sólo ellos, o

---

(131) Op. cit.

Sobre estas bases, el autor enumera diversos elementos constitutivos de la noción que propone, tomados del área de los derechos reales y descartando deliberadamente todo criterio personalista. Puesto que la noción de control empezó a plantearse en litigios sobre indemnizaciones de guerra o pago de deudas sociales en caso de quiebra, para que se determinara, en definitiva, cuáles eran los bienes o activos que debían responder, el preopinante deduce que, en principio, "el control debe enfocarse como una noción concurrente de la propiedad, y definirse con referencia a ella". Ahora bien, como se le suele caracterizar como poder de hecho, cabría preguntarse si es dable compararlo a la posesión, que consiste en disponer virtualmente de las facultades de un propietario, pero esta solución, a primera vista sugestiva, debe descartarse, pues la posesión implica el animus dominii, el propósito de apropiarse la cosa detentada, mientras que el titular del control no sólo<sup>no</sup> adopta esta actitud, sino que es perseguido penalmente en todas las legislaciones en el caso de intentar esa apropiación. Tampoco cabe equiparar el control a la detentación, a pesar de la nota común de existencia de un vínculo jurídico entre el propietario y el detentador (causa detentionis) abiertamente reconocido por éste, y de la ausencia de animus rem sibi habendi en ambos supuestos, ya que el control implica un poder dispositivo real, prerrogativa que jamás disfruta el detentador. Queda, pues, como único recurso el de enlazar control y propiedad, planteamiento aconsejado por la experiencia de más de un siglo de economía capitalista, que nos muestra cómo muchas de las sociedades gigantes de nuestros días empezaron siendo propiedad privada, patrimonio personal, de los fundadores de la empresa que constituye su objeto y razón de ser. En una palabra, sus fundadores terminaron por convertirse de titulares de dominio en titulares de poder. Pues bien, CHAMPAUD estima que, en definitiva, y salvando diferencias secundarias,



trimonial y penal del titular del control por eventuales abusos de actos dispositivos), el atributo esencial del control es idéntico al elemento fundamental de la propiedad: el poder de disposición efectiva. "El control realiza en provecho de individuos determinados la desmembración de una propiedad con finalidad colectiva" (132)

d' - Observaciones finales.

La concepción de CHAMPAUD se distingue por la ventaja indiscutible de situar el fenómeno en el aspecto patrimonial, que es donde, en último término, se manifiestan los signos visibles del control y, a la vez, el que ofrece la materia prima, por así decir, para su ejercicio. Tiene también el evidente acierto de acentuar la facultad dispositiva de unos bienes económicos como núcleo del concepto. Pero, a nuestro entender, adolece todavía de una limitación, y es que permanece en la perspectiva estricta de los derechos reales. En realidad, el control no es sólo un derecho de disponer del mismo modo que lo hace el propietario, sino que, además, es una facultad política, concretamente la de configurar y determinar la voluntad de decisión en los entes sociales. Es más, si se analiza con rigor el funcionamiento normal de las sociedades, el control no consiste fundamentalmente en el hecho de disponer del patrimonio de la compañía, sino en imponer decisiones estratégicas o tácticas cuya ejecución material requerirá, evidentemente, una serie de actos específicos de disposición patrimonial; es decir, los titulares del poder efectivo no se proponen directamente disponer de unos elementos de activo o del pasivo, sino que pretenden, ante todo y sobre todo, desenvolver unas directrices de mercado, de financiación, de investigación, de reclutamiento de personal, etc.

En consecuencia, no consideramos el control como no

política, como un compuesto hilemórfico, siguiendo la terminología aristotélica, en que la materia es la decisión fundamental sobre política de la empresa y la forma se plasma en acuerdos concretos sobre uso y disposición de los elementos patrimoniales de aquélla. Esto significa que el control es, como el poder en el mundo político, una especie de libre energía (dixit MAURICE HAURIOU) que flota en el ambiente, pero que en cuanto logra un mínimo de estabilidad y solidez, tiende necesaria e inmediatamente a cristalizar en normas y figuras institucionales. Ahora bien, todas las normas, todas las instituciones, todos o casi todos los sectores del derecho de sociedades y del derecho mercantil, pueden ser, y de hecho son, vehículos del control. El derecho de voto, la suscripción de acciones nuevas, la asistencia a las juntas generales, la exigencia o no del requisito de nominatividad de los títulos, he aquí otros tantos ejemplos de aspectos en que puede darse una situación de control, sin que formalmente el juego de estas instituciones resulte modificado.

Lo que antecede nos hace concebir dudas fundadas de que algún día se consiga una definición jurídica, ya que definir significa etimológica y conceptualmente poner límites, siendo así que el fenómeno es por naturaleza informe, proteico, inaprehensible en su esencia, y es, a nuestro modo de ver, harto significativo el hecho de que las primeras formulaciones teóricas sobre la cuestión se hayan elaborado por causas políticas, como en el caso de las sociedades con participación de capitales de potencias enemigas, o con motivo de consideraciones fiscales o de orden público económico, es decir, en zonas de confluencia de lo económico, lo político y lo jurídico. Ahora bien, esta realidad insoslayable no exime a legisladores y jueces de limitar en lo posible, y hacer lo más sincero que sea factible, el ejercicio del poder económico a través de los

ya asistimos al comienzo de una reforma apasionante: las nuevas leyes de sociedades anónimas que en los últimos años se han dictado en Europa y los proyectos que están pendientes de discusión parlamentaria. En todos estos textos se advierten dos tendencias: por un lado, definir ciertos elementos visibles y característicos del control; por otro, moderar los eventuales abusos de poder económico en el seno de las compañías, mediante normas de protección de las minorías o, mejor dicho, del accionista corriente, que es a menudo la mayoría, y por medio también de reglas de publicidad de las participaciones importantes de capital, etc.

b) Clases de control.-

En principio, estaría permitido decir que, por tratarse de un fenómeno multiforme y de contorno indefinido, todo intento de clasificación es ocioso, sin perjuicio de que quepa evocar algunos planteamientos que ya tienen valor de exposición clásica: El más conocido es el de BERLE y MEANS (133), que distingue cinco "tipos" principales:

- 1) Control a través de la propiedad total o casi total;
- 2) de mayoría;
- 3) por medio de instrumentos jurídicos, sin propiedad mayoritaria del capital social;
- 4) de minoría; y
- 5) por los administradores, o "control de administración".

Se trata, en realidad, de una enumeración mixta, donde, a la vez que tipos, se distinguen grados. De los términos enunciados, los tres primeros tienen fundamento jurídico, pues se basan en el ejercicio normal del derecho de voto, y los dos restantes son, en cambio, "extrajurídicos", situaciones de hecho y no de derecho.

El control fundado por la propiedad casi total sólo

---

(133) Op. cit., Capítulo quinto, "L'evoluzione del controllo", pág. 70.

se da en sociedades restringidas, de pequeña envergadura, cuando sólo un individuo o, a lo sumo, un grupo reducido es propietario de la totalidad o de la casi totalidad de las acciones. Como acertadamente apuntan BERLE y MEANS, "en empresas de este tipo la propiedad y el control están reunidos en las mismas manos" (134).

El control de mayoría, "primera etapa del proceso de separación entre propiedad y control", implica el derecho a disponer de la mitad más uno, por lo menos, de los títulos en circulación. Es, por cierto, el signo escogido por recientes leyes de sociedades mercantiles para determinar la relación de filialidad o dependencia entre sociedades (135). En este caso, el control es el resultado inmediato y elemental del principio censitario sobre el que se basa el derecho de voto en la sociedad anónima. Los casos de control mayoritario no son infrecuentes, pero, tratándose de sociedades grandes, es muy raro que el control se adquiriera durante la vida de la sociedad, mediante adquisiciones sucesivas de títulos -aparte del caso, cada vez más usual en los últimos tiempos, de las ofertas públicas de compra, o "takeover bids", por parte de grupos gigantes-, ya que la operación resulta onerosa. Prácticamente, con la salvedad indicada, semejante adquisición sólo puede hacerse por un grupo de accionistas que ya controlan la compañía por otros medios y desean estabilizar definitivamente su domi-

---

(134) A la misma conclusión llega CHAMPAUD ("Le pouvoir de concentration de la société par actions", pág. 114) al decir que cuando una persona posea la casi totalidad de los títulos, "cabe preguntarse si este accionista no es más bien propietario de los bienes sociales que titular del control del patrimonio social".

(135) Así, la Ley francesa de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1.966, artículo 354: "Cuando una sociedad posea más del capital de otra sociedad, la segunda será considerada ... como filial de la primera". Por su parte, la Ley alemana de 6 de septiembre de 1.965 define, en sus artículos 16 y 17, las "empresas poseídas mayoritariamente" (in Mehrheitsbesitzstehende Unternehmen), las "empresas participantes mayoritariamente" en las anteriores (mit Mehrheit beteiligte Unternehmen) y las "empresas dependientes y dominantes" (abhängige und herrschende Unternehmen). Concretamente el párrafo 2 del artº 17 establece la presunción de que toda empresa "poseída mayoritariamente" es dependiente de la empresa que posee esa participación mayoritaria.

ocurre a menudo que ya desde el acto fundacional los promotores o algunos de ellos suscriban un número de acciones superior a la mitad del capital. Sea lo que fuere, esta forma de control tampoco presenta problemas jurídicos dignos de observación. El único problema importante es el de la defensa de las minorías, que las leyes de sociedades anónimas y la jurisprudencia de diversos países intentan asegurar con fortuna variable.

El control mediante "instrumentos jurídicos" puede revestir forma plural. Numerosos son, en efecto, los procedimientos elaborados con el fin de obtener el control de una sociedad sin poseer la mayoría de sus acciones. El más difundido, quizás, es la atribución fundacional por medio de los estatutos, fórmula que tiene por objeto confiar ab initio e irrevocablemente el control de una sociedad a un individuo o a un grupo de individuos, generalmente de una misma familia, nominativamente designados. Hay una figura de sociedades mercantiles, concretamente la sociedad en comandita por acciones, cuya razón de ser reside en la atribución de un control "estatutario" (CHAMPAUD). Ejemplo importante, la Société des Forges et Atelier du Creusot, octava empresa de Francia. Naturalmente, no se puede instituir el procedimiento en la sociedad anónima de modo idéntico, pero se llega al mismo objetivo por medio de una combinación de cláusulas estatutarias que se proponen asegurar el control de la compañía a un grupo de personas bien determinadas. La cláusula fundamental es la que designa nominativamente a los primeros administradores, quienes por este hecho pasan a llamarse "administradores estatutarios", si bien las legislaciones suelen limitar la duración de su mandato, aparte de que son siempre revocables por la junta general (136). Luego hay cláusulas de "conservación" o "garantía".

(136) La Ley española de Sociedades Anónimas de 17-7-51 establece 5 años como duración máxima para los "administradores designados en el acto constitutivo" (artº 72), si bien aclara que serán indefinidamente reelegibles.

seno de la sociedad una mayoría "segura": así, las que imponen la forma nominativa para cierto número de acciones; las de acciones de voto plural, en los países que admitan esta modalidad de títulos; las que confieren doble voto a determinadas acciones; las de suscripción preferente en caso de ampliación de capital, que son las más frecuentes de todas; las de "placet" previo por parte de la sociedad al ingreso de nuevos socios, etc.

Un método muy difundido y eficaz, si bien a nivel del grupo de sociedades o de una pluralidad, en todo caso, de compañías (aunque no lleguen a formar grupo) es el constituido por la "superposición piramidal". En este caso, el control, que es de mayoría si se consideran sociedades de escalones sucesivos, ya no lo es en las relaciones entre compañías separadas por uno o más grados. En efecto, si A funda otra sociedad B participando con el 51% del capital, y B, a su vez, crea una tercera compañía C, aportando el 50%, por ejemplo, la relación entre A y C es de control, sí, pero no de dominio mayoritario, sino de dominio a través de B como filial de la una y matriz de la otra. De todos modos, no es un caso tan claro de control por instrumentos jurídicos, ya que la estructura piramidal implica en la mayoría de sus escalones una participación de grado mayoritario.

El control basado en "instrumentos jurídicos" es quizá tan sólido como pueda serlo el fundado en la propiedad completa o el de mayoría, aunque implique una participación menor en el capital. Puede suceder, desde luego, que falte el control legal de la empresa en el trance de que los negocios de la sociedad decaigan o tropiecen, pero es raro que un particular o un grupo poseedor del control de una empresa floreciente se encuentre en condiciones que le obliguen a ceder el mando estratégico.

Los sistemas o tipos examinados tienen el basamento

más o menos permanente de la mayoría de las acciones o en la facultad dispositiva de la mayoría de los títulos con derecho a voto, o bien de la mayoría de los votos gracias a la detención de títulos con derechos especiales, con lo cual el titular determina a su antojo la formación jurídica de la voluntad social.

Ahora bien, en una gran compañía el supuesto más frecuente es el control fundado en una situación de hecho y dependiente de la posición estratégica conquistada en virtud de la posesión de cierto número de acciones o de la participación en los órganos directivos de la compañía. Desde luego, este tipo está menos definido con menos claridad que el de base jurídica, y es más precario y susceptible de mudanza. Lo cual no impide, sin embargo, que, a menudo, el dominio se mantenga largos años y ocupe posiciones tan inexpugnables en la práctica que puedan compararse a las del control legal.

Los dos supuestos fundamentales son la posesión de un paquete minoritario importante y la ocupación directa de puestos de administración. No hay línea neta de separación entre las dos situaciones en cuanto a sus efectos. Examinémoslas sucesivamente.

El control de minoría es el correspondiente a la participación accionaria que, aún no constituyendo mayoría, permite dominar la empresa. En general, se funda en la capacidad de obtener de los demás accionistas un número tal de delegaciones de voto que, sumadas a la participación del grupo o individuo, permitan a éste disponer de la mayoría de los votos en las elecciones de cargos directivos. Cuando la sociedad es relativamente pequeña y el número de accionistas no demasiado alto, un grupo rival puede fácilmente conseguir la mayoría adquiriendo acciones en masa, o alcanzar, cuando menos, una minoría bastante sustancial para reunir en torno a sí, en

caso de porfía por las delegaciones de voto, los sufragios necesarios para apoderarse del control. En cambio, cuanto mayor es la empresa y más dispersas están las acciones, más difícil resulta sustraerle el control a la empresa dominante. También el coste necesario para movilizar el voto de decenas o incluso de centenas de miles de accionistas -con el envío de circulares a cada uno de ellos y, en su caso, con la campaña publicitario correspondiente- es como para hacer desistir de la idea a quien no sea fabulosamente acaudalado.

En la mayoría de los casos, la administración es designada en el transcurso de la Junta anual de accionistas, cuya convocatoria se debe notificar a todos los accionistas con derecho a votar. El accionista suele recibir, adjunto al aviso, un formulario de delegación, con el ruego de que lo devuelva firmado. Atendiendo al ruego, el socio nombra mandatarios suyos a las dos o tres personas cuyos nombres se indican en el formulario, confiriéndoles facultad de votar por cuenta suya en la Junta general. Naturalmente, al elegir los mandatarios que va a proponer a los accionistas, la administración de la sociedad tiene posibilidad de designar personas "seguras"; más aún, en caso de que la administración haya sido nombrada por la minoría que goza del control, el comité de mandatarios será normalmente designado de tal modo que sirva los intereses de esa minoría. Tal suele ser la apatía del pequeño accionista que, o bien no devuelve el formulario, o bien lo devuelve firmado debidamente sin haberlo leído siquiera. Lo habitual es que al acercarse la fecha de las elecciones, el accionista reciba uno solo de estos formularios, caso en el cual las delegaciones de voto únicamente sirven para suscribir formalmente los nombres ya acordados por los poseedores del control. Pero si la administración decide adoptar una actitud hostil a la minoría y se niega a poner a su disposición el mecanismo de las delegaciones, la minoría ya no tendrá más alternativa -costosa, por cierto- que distribuir por su cuenta for-



mularios de delegación y pedir a los accionistas apoyo contra los administradores (137).

El control de administración es el supuesto de que la sociedad está fraccionada hasta tal punto que no hay un solo accionista o grupo reducido de accionistas que disponga de una participación lo bastante grande para dominar las operaciones societarias. Cuando la mayor participación individual no supera una fracción del 1 ó del 2%, ningún socio está capacitado para presionar sobre la administración ni valerse de su paquete como centro o punto de reclutamiento de adhesiones.

Esta última variante del dominio político se da con bastante menos frecuencia en Europa que en los Estados Unidos, por no estar tan difundida en el Viejo Continente la figura profesional y sociológica del manager o executive que, careciendo en principio de medios propios de capital, se vincula prácticamente a una sociedad determinada y llega a convertirse en un mecanismo que se "perpetúa a sí mismo" dentro de la empresa (BERLE-MEANS), y sobre todo, porque en Europa el grado de fraccionamiento de la propiedad en las compañías monstruo

---

(137) BERLE y MEANS (op. cit., págs. 81-82) relatan un caso famoso de lucha por el control de una sociedad, el de la guerra abierta que se libró entre JOHN DAVIE ROCKEFELLER (hijo) y la administración de la Standard Oil Company, de Indiana, presidida por el coronel STEWART. ROCKEFELLER era virtualmente propietario del 14,9% de las acciones con derecho a voto y durante muchos años había disfrutado del dominio casi total de la sociedad. STEWART, sin embargo, había incurrido en el desagrado de ROCKEFELLER por algunas operaciones que habían sido públicamente criticadas durante el mandato del Presidente HARDING. ROCKEFELLER pidió a STEWART que dimitiera, pero éste se negó y, lo que es más, puso a su disposición el mecanismo de las delegaciones de voto. ROCKEFELLER empeñó, entonces, una dramática batalla por conseguir las delegaciones. Al precio de gastos muy sustanciales, envió circulares a todos los accionistas para pedirles que le delegasen su voto; se aseguró además el asesoramiento de los mejores abogados para evitar todo "error técnico", y se valió, en suma, de toda su enorme influencia en el mundo de los negocios. Por su parte, el coronel STEWART tuvo el apoyo completo del Consejo de Administración y trató de obtener, asimismo, el de los dieciséis mil subordinados que poseían acciones. En el momento que juzgó más oportuno, la sociedad declaró un dividendo en acciones igual al 50%. Por largo tiempo el éxito final permaneció incierto. Cuatro días antes de las elecciones, ambas partes declararon que poseían la mayoría de los votos y de los accionistas. Al final prevaleció ROCKEFELLER con el 59% de todos los votos el 6 de lo

no ha llegado aun, ni parece llegará por muchos años, hasta el punto de que la máxima participación sólo alcance el 1% ó el 0,5% del capital social.

El control de administración ilustra, una vez más, el poder específico de la sociedad por acciones, como sociedad de capitales por excelencia, y no de personas, para facilitar la acumulación de las facultades decisorias en una minoría numéricamente exigua, al margen de toda relación de propiedad. En este sentido, el fenómeno queda mucho más allá de las profecías marxistas, que al fin y al cabo vinculaban el dominio político a una u otra forma de posesión de los medios productivos, y justifica que hacia 1.940 J. BURMHAM lanzara la teoría de la "revolución directorial" en su obra del mismo título ("The managerial revolution") como ensayo de superación dialéctica de las concepciones capitalista y socialista, montado sobre el hecho indiscutible de la aparición triunfal de una clase de técnicos empresariales. Pero esto, como diría RUDYARD KIPLING, "es otra historia".

## 12.- Los instrumentos jurídico-funcionales del control.-

Son muy variados los medios con que se ejerce o en que se manifiesta el dominio táctico de las sociedades, y no se pretende aquí una enumeración completa y detallista. Lógicamente es la manipulación del derecho de voto, bien directamente, bien indirectamente a través del régimen de acciones, el arma principal de los titulares del control. En la regulación estatutaria de estos aspectos de la sociedad por acciones se consagra, o al menos se prefigura, la relación de superioridad, de supra-ordenación, que va a regir fácticamente (aunque de derecho todos los accionistas sean de igual condición) la vida del ente social. Como ha señalado GARRIGUES (138), a los movimientos contrapuestos de oposición entre accionistas

---

(138) "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas", Capit. VIII, páginas 75-95.

y administradores y antagonismo entre grupos de accionistas "corresponden dos tendencias fundamentales en el Derecho vivo -el de los Estatutos, no el de los Códigos- de las sociedades anónimas: defensa de la administración y de la empresa contra los accionistas (acciones de voto plural, acciones reservadas) y privación de derechos al pequeño accionista (asimilación del pequeño accionista al obligacionista)". De ahí que hoy en día los Códigos y las leyes de sociedades anónimas se preocupen de proteger los derechos del pequeño accionista y recortar los privilegios de los administradores o de ciertas categorías de accionistas.

Veamos en los párrafos siguientes diversos medios de control.

a) Cláusulas de opción y preferencia en materia de acciones.-

Como señalan los mercantilistas, la práctica universal ha ido extendiendo una serie de pactos estatutarios que, de un modo u otro, limitan la libre enajenación o transmisión de los títulos. Unas veces por razones ideológicas; otras, por motivos profesionales o económicos que aconsejan impedir el acceso a la empresa de grupos competidores o simplemente extraños; bastantes, en fin, por consideraciones de amistad o de confianza mutua en las sociedades de tipo o ámbito familiar. En la mayoría de los casos, las disposiciones limitativas de la transmisión se han estipulado como medios de mantenimiento del control de una sociedad en manos de un grupo de accionistas, de los "accionistas de control", según la expresión de CHAMPAUD (139). Aunque caben diversos criterios de clasificación, escogeremos, siguiendo a J. RUBIO (140), la distinción dual entre cláusulas de consentimiento (agrément en el derecho francés) y cláusulas de opción (préemption en la terminología

---

(139) Op. cit., Capit. 2, páginas 25-62.

(140) "Curso de derecho de sociedades anónimas", pág. 122.

a' - Cláusulas de consentimiento.

Son disposiciones de los estatutos por las que el acceso a la cualidad de accionista se supedita a un acuerdo previo de la Junta general o del Consejo de Administración. Se trata de estipulaciones negativas, en el sentido de que confieren un derecho de veto a los órganos societarios. La cláusula de consentimiento, que implica un placet de la compañía (RUBIO), establece, organiza, un derecho al control, mejor aún, a la estabilidad del control, en provecho de los accionistas que ya lo poseen. Aparecieron en las sociedades donde por razones familiares, religiosas o políticas (sobre todo las editoriales y periodísticas), era esencial que el dominio permaneciese en manos de un grupo estrictamente definido. Era una manifestación de intuitus personae aparentemente incompatible con la naturaleza capitalista, no personal, de la sociedad por acciones, y se explicaba por el carácter singular del objeto societario. Sin embargo, el móvil de concentración ha inducido a los accionistas de control de sociedades de objeto puramente económico a utilizar esta posibilidad para consolidar su dominio. La estratagema tropezó con una jurisprudencia tenazmente hostil durante largos años, hasta que, después de una marcada evolución de la doctrina y de las leyes de sociedades mercantiles, se admiten por doquier estos pactos, si bien con interpretaciones restric

tivas y siempre que no supongan la supresión total de la libre transmisibilidad (141).

b' - Cláusulas de opción.

Son las que confieren a la sociedad, en caso de que cualquier accionista desee transmitir sus títulos, el derecho de designar un adquirente determinado, quien, en compensación, estará obligado a pagar un precio justo de adquisición. Así como la cláusula de consentimiento era negativa, la de opción es positiva, porque faculta a los órganos sociales para presentar al transmitente un comprador preferencial, y con frecuencia, incluso, les obliga a hacerlo. En puridad, se trata de dos cláusulas complementarias en su objeto y funcionamiento. La una no es posible sin la otra. Si a un accionista se le prohíbe virtualmente la venta de sus títulos al mejor postor, hay que ofrecerle una vía de salida, y ésta consiste precisamente en que la sociedad designe el comprador, con las garantías que a favor del transmitente

---

(141) CHAMPAUD ("Le pouvoir de concentration de la société par actions", págs. 54-55) cita como caso determinante en la evolución de la jurisprudencia francesa el de "L'Union Commerciale", cuya Junta General Extraordinaria de 9 de junio de 1.953 había decidido que, en lo sucesivo, todas las acciones serían nominativas y que toda cesión, incluso entre accionistas, tanto a título gratuito como a título oneroso, debería, para ser firme, ser autorizada por el Consejo de Administración, el cual, en el caso de negarse a dar su consentimiento, podría adquirir los títulos "por cuenta de quien proceda". El Tribunal de Comercio de Meaux anuló esta cláusula, resolución que fue confirmada por el de París, por el motivo esencial de que un derecho de placet concebido en tales términos daría a los miembros del Consejo la facultad arbitraria de componer a su antojo la "mayoría" y asegurarse así la duración más larga posible de su mandato; que se trataba de una subversión de las estructuras de la sociedad anónima basadas en la igualdad de los accionistas y en la revocabilidad ad nutum de los mandatarios sociales. Severamente criticada por la doctrina, la sentencia fue anulada por Resolución de la Sección Comercial del Tribunal de Casación, de 22 de octubre de 1.956, por la consideración esencial -si bien sobreentendida- de que, siendo la ley fundamental de la sociedad anónima la de la mayoría, no estaba prohibido que ésta tratase de protegerse contra una eventual inversión del control si ése era el interés de la sociedad, y que confiase al Consejo de Administración la elección de los nuevos accionistas, ya que esa misma mayoría seguía siendo libre de revocar a los administradores que no se conformasen a sus deseos.

que la cláusula de opción garantiza a los accionistas excluidos del control la devolución íntegra de la parte del activo social que teóricamente les corresponde, en el momento en que desean abandonar la compañía. Este pacto es la afirmación - evidente de que existen, en efecto, accionistas de segunda clase (precisamente los que CHAMPAUD llama "actionnaires bailleurs de fonds", o sea, accionistas proveedores de fondos) cuyo derecho fundamental se reduce a percibir una remuneración por lo que han aportado a la sociedad.

c' - El derecho de suscripción preferente.

Es un aspecto que deriva inmediatamente del derecho que tiene todo accionista a mantener invariable su participación porcentual en el patrimonio social. Como explica RIPERT (142), los accionistas tienen derecho a las reservas (además de a una cuota proporcional en caso de liquidación de la sociedad) y el ingreso de nuevos socios con ocasión de una ampliación de capital supondría, por lo tanto, que éstos recién llegados pudiesen participar en unas reservas a cuya formación no han contribuido, porque fueron constituidas a expensas de una parte de los beneficios correspondientes a los miembros antiguos. De ahí que, desde los primeros tiempos de la moderna sociedad por acciones, los estatutos estipulasen una cláusula por la cual se ofrecía a los socios el derecho a suscribir prioritariamente durante un plazo determinado las acciones que se pusiesen en circulación cada vez que se ampliase el capital en proporción a los títulos que ya poseyesen en ese momento.

Poco a poco la legislación especial de sociedades anónimas ha ido acogiendo expresamente en los diversos países el derecho de suscripción preferente, hasta consagrarlo como uno de los derechos mínimos, inderogables e irre-

---

(142) "Droit Commercial", I, pág. 572 (nº 1.223), y páginas 609-610 (nº 1.512).

se trata de un "derecho instrumental" en un doble sentido: respecto de los derechos materiales -beneficios y cuota de liqui-dación- para asegurar el valor relativo de la originaria aportación, y respecto de los derechos de carácter conmensurable - principalmente el derecho de voto-, cuya conservación se pretende en la misma medida. (Cfr. Código civil italiano de 1.942; ley alemana de 6 de septiembre de 1.965, recogiendo en este punto los preceptos de la anterior de 1.937; ley es-pañola de 17 de julio de 1.951, en su artículo 39, y por fin, en Francia, Decreto-ley de 8 de agosto de 1.935 y la Ley de 24 de julio de 1.966, en su artículo 183, si bien el 1.86 admite que la Junta general que decida el aumento del capital podrá suprimir ese derecho preferente, previo informe del Consejo de Administración y de los comisarios de cuentas). El funda-mento moral y económico es incontrovertible, pero es palmario y meridiano que hasta cierto punto la suscripción preferente por parte de los accionistas antiguos es otro medio de con-servación del control o influencia que ya esté ejerciendo el grupo dominante.

b) Las acciones especiales como refuerzo del control.-

Hemos pasado revista a tres instrumentos de conser-vación del control frente a la posible ingerencia de elementos extraños en la compañía, es decir, unos medios defensivos en el orden externo. Examinemos ahora las técnicas que especí-ficamente se proponen reforzar la posición de los administra-dores dentro de la sociedad, frente a la masa de accionistas, institucionalmente representada por la Junta general. Como ha señalado GARRIGUES (144), la eficacia y continuidad de la empresa, objetivo de sus administradores, sólo podía conseguir-se con el "debilitamiento del poder de la Junta", acudiendo a

---

(143) "Curso de derecho de sociedades anónimas", nº 181, pá-ginas 315-316.

(144) "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas", páginas 75-76.

de la sociedad por acciones: por una parte, romper la ecuación tradicional entre la medida del derecho de voto y la participación en el capital social; por otra, reservar a la administración el empleo de las nuevas acciones creadas en cada aumento de capital social. De aquí la invención de las llamadas acciones de administración, que pueden ser acciones de voto plural o acciones reservadas.

a' - Las acciones de voto plural.

Son las que conceden una participación en la suma de votos de la sociedad mayor que la parte que representan en el capital social. Nacieron en la primera postguerra, especialmente en Francia, donde la caída de la divisa nacional permitía a ciertos grupos extranjeros apoderarse de importantes paquetes de las principales compañías, cuyos directivos recurrieron entonces a la creación de acciones de voto múltiple, haciendo votar primero a las respectivas Juntas generales sendas elevaciones de capital, con la condición expresa de que los nuevos títulos sólo podrían adquirirse con autorización del Consejo de Administración y darían derecho a un derecho de voto diez o veinte veces superior al de las acciones ordinarias (145).

Bien acogido al principio por ciertos sectores de la opinión y por los mismos Gobiernos, celosos de la independencia nacional, el sistema pronto se convirtió en un instrumento puro y simple de dominio de sociedades. Una vez más fue Norteamérica la que practicó la técnica en gran escala. Así, en 1.929 la Cities Service Co. vendió a R.L. Doherty & Co. - 1 millón de acciones de 1 \$ de valor nominal, primada cada

---

(145) Un caso famoso fue el del Crédit Lyonnais, que estuvo a punto de convertirse en propiedad de un grupo financiero alemán. Cfr. RENE RODIERE, "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", Bruselas, 1.967. (Boletín "Etudes", edit. por la Comunidad Económica Europea, serie "Concurrence", nº 5).



mente emitidas sólo daban derecho a la veinteava parte de un voto para la elección de administradores. Por consecuencia, a la nueva serie privilegiada le correspondía el 27% de los votos (146). Como la propiedad de las demás categorías estaba muy fraccionada, unas acciones que tenían un valor nominal de 1 millón de dólares controlaban de hecho un patrimonio de cerca de mil millones.

Los abusos que pronto acarreó una técnica propicia a la constitución de una verdadera casta feudal y adecuada para el mantenimiento indefinido de una minoría de accionistas a la cabeza de una sociedad, contra las protestas de la mayoría disconforme u hostil, determinaron una reacción legislativa. Así, en Francia la Ley de Finanzas (loi de finances) de 26 de abril de 1.930 prohibió la creación de acciones de voto plural, y en Bélgica hizo lo propio un Real Decreto de 31 de octubre de 1.934. En Italia el nuevo Código civil de 1.942 (artículo 2.351, párrafo 3) también las ha proscrito. En Alemania, donde habían florecido bajo la vigencia del Código de comercio del siglo pasado, fueron igualmente prohibidas por la Ley de 1.937, disposición que ha sido reiterada por el artículo 12, párrafo 2, de la nueva Ley de 6 de septiembre de 1.965 (si bien se admite que la autoridad suprema del Estado miembro -Land- donde tenga su sede la sociedad autorice excepciones en la medida que lo requiera la "garantía de intereses preponderantes de la economía nacional").

Otras legislaciones no establecen, en cambio, una prohibición total y absoluta. Así, en Francia, a los tres años de la rigurosa disposición de 1.930, vino la ley de 13 de noviembre de 1.933 a moderar el precepto, admitiendo concretamente una excepción importante al principio de proporcionalidad obligatoria entre el derecho de voto y la parte alícuota

de las acciones respecto al capital, permitiendo, bien que - los estatutos concediesen a las acciones nominativas liberadas desde su origen el doble del derecho a voto que gozaban los títulos al portador, bien que los estatutos mismos o una Junta extraordinaria otorgasen el privilegio a todas las acciones liberadas (esto es, desembolsadas) que justificasen - llevar inscritas por lo menos dos años a nombre del titular. Se pretendía así retribuir la fidelidad del accionista, pero también (sería ingenuo desconocerlo) reforzar la posición del núcleo de socios fundadores directamente interesado en conducir los negocios. La nueva Ley de 1.966 ha reiterado el principio general de proporcionalidad del sufragio a la parte alícuota del capital representada por la acción, con prohibición de toda cláusula en contrario (artº 174), y asimismo ha reproducido, con extensión a los casos de aumento de capital por incorporación de reservas, beneficios o primas de - emisión, la salvedad del voto doble a las acciones enteramente liberadas inscritas nominativamente desde dos años antes a nombre del mismo accionista (artº 175).

Por fin, hay un tercer grupo de legislaciones permisivas: la mayoría de los Estados de Norteamérica, y en Europa, Holanda y Luxemburgo son los ejemplos más importantes.

En España las acciones de voto plural están terminantemente prohibidas por la Ley de 17 de julio de 1.951, en su artículo. 38, párrafo 2: "En ningún caso será lícita la - creación de acciones de voto plural". En la confección del - proyecto de ley y subsiguiente discusión e las Cortes Españolas fue este aspecto uno de los más discutidos. A favor del criterio permisivo se invocaba la utilidad de las acciones de voto plural contra el posible peligro del predominio de capitales extranjeros, así como la protección que podían suministrar estos títulos, en un terreno puramente nacional, frente al riesgo de maniobras turbias e inconsideradas de grupos especuladores ajenos a los verdaderos intereses de las socie-

plicaba para las minorías, o para las mayorías mismas en determinadas circunstancias, así como el peligro de feudalismo financiero que lleva aparejado, y por fin se impuso esta segunda postura.

Haciendo balance de las reformas legislativas de los últimos años en varios países, no se puede negar que se ha limitado severamente el margen de los accionistas prepotentes - en cuanto a empleo de las acciones de voto plural, tanto más cuanto que a esas reformas las acompañan a menudo determinados preceptos que literalmente prohíben toda discriminación entre las acciones o los accionistas. Por ejemplo, hay sistemas legislativos (como la propia Ley española de 17 de julio de 1951 en artículo 38 ya citado) que prohíben la atribución del mismo derecho de voto a títulos de valor nominal distinto, lo que representaría en el caso de ser permitido, una introducción solapada e indirecta del voto plural. Sin embargo, es un hecho - también que, como señala VANHAECKE (147), en algunos ordenamientos "las condiciones exigidas por la Ley para otorgar a las acciones un derecho doble de voto (se refiere el autor a la situación en Francia) las reúnen a menudo las (acciones) - que constituyen participaciones de control". VANHAECKE explica: "Las sociedades controlantes ... son frecuentemente las fundadoras de las controladas. Tienen, pues, a menudo ocasión de beneficiarse de las disposiciones establecidas en la ley de 1.933 (hoy rige la de 1.966, pero su normativa es, como ya dijimos, idéntica en este punto) cuando liberan íntegramente sus acciones nominativas antes de la constitución definitiva de la sociedad fundada. Del mismo modo, la cuidadosa conservación en cartera, durante largos períodos, es una de las características... que determinan el control".

De todos modos, se puede afirmar que las acciones de

---

(147) "Les groupes de sociétés", página 72.

voto plural tienden a perder importancia y que se rarifican - las emisiones de títulos de esta clase. Sólo las acciones con participación de organismos oficiales usan a veces el procedi miento en algunos países (Francia, por ejemplo; y Alemania) - para seguir manteniendo, en caso de ampliación de capital, la influencia preponderante del Estado o ente público partici- pante.

b' - Las acciones reservadas.

Esta figura irradia menos que la anterior. Consiste en que la sociedad emite acciones excluyendo el de- recho de preferencia de los accionistas antiguos y entrega las nuevas acciones a personas o entidades (bancos o filiales de la sociedad), afines de la compañía, vinculando a sus titulares en el empleo de los títulos, generalmente en cuanto a las fa- cultades de disposición o enajenación (148). Son las acciones llamadas en Alemania Vorratsaktien, esto es, reservadas a fidu- ciarios, de tal modo que jurídicamente pertenecen a sus titu- lares, pero económicamente pertenecen a la sociedad misma. Con ellas ha ocurrido algo semejante a lo que sucedió con las de- voto plural. Los abusos que han provocado estos títulos han originado en los últimos años una fuerte reacción en el legis- lador, aparte de que a veces se daba el caso de que los adqui- rentes de acciones reservadas, prevalidos de su posición ven- tajosa, imponían contratos perjudiciales a la sociedad (149).

El ordenamiento positivo alemán ha reaccionado a par- tir de 1.930 contra las acciones de reserva, y lo mismo ha su- cedido en sistemas como el suizo y el belga. Recogiendo dis- posiciones anteriores, la nueva alemana de sociedades por ac- ciones de 1.965 establece, en su artículo 56, párrafo 1: "Quien

---

(148) Cfr. J. GARRIGUES, Op. cit., páginas 76-81

(149) Como señala GARRIGUES (op. cit., pág. 79), el problema de las acciones reservadas a la sociedad era genuinamente ale- mán, pero se relacionaba con la prohibición universalmente es- tablecida de que la sociedad adquiriese sus propias acciones.

de un derecho de canje o compra con ocasión de una ampliación de capital condicionada (150) haya adquirido una acción por cuenta de la sociedad o de una empresa dependiente de ella o bien de otra que tenga la mayoría de los títulos de aquélla, no podrá alegar en su favor que no ha comprado la acción por su propia cuenta, y responderá de la totalidad de la aportación, sin consideración a cualesquiera pactos con la sociedad o con la empresa dependiente o bien con la que posea la mayoría de los títulos de la primera. Antes de que haya adquirido la acción por cuenta propia, no le derivará derecho alguno de esa acción". Aunque el texto no hable literalmente de "acción reservada", se inspira claramente en el designio de obstaculizar y restringir el uso de esta clase de títulos.

c) La limitación de los derechos de voto del pequeño accionista.-

En todas las naciones se observa, desde principios de siglo, una tendencia inequívoca a privar del derecho de sufragio al accionista que sólo tiene un título o un número insignificante de títulos o, por lo menos, a recortar lo más posible sus facultades pertinentes mediante la inserción de cláusulas ad hoc en los estatutos. La moderna corriente arranca, según GARRIGUES (151), de un hecho indiscutible: "el absurdo económico que implica la absoluta igualdad de derechos de todos los accionistas", ya que el régimen democrático no se puede aplicar a la dirección de una empresa mercantil y, menos todavía a las empresas cuyo capital esté enormemente dividido entre numerosísimos participantes, aunque sólo fuera por la -

---

(150) La ampliación condicionada (bedingte Kapitalerhöhung) se define en el artº 192. Consiste en que la Junta general puede acordar un aumento del capital fundacional, - que puede no realizarse automáticamente, sino sólo en la medida en que se haga uso del derecho de canje o adquisición que la sociedad otorga a las nuevas acciones. Únicamente se puede acordar la ampliación condicionada para fines específicos que el propio artículo enumera.

(151) "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas"  
página 82.

imposibilidad material de reunirse en un local adecuado (152). Ya notó LIEFMANN hacia 1.930 la necesidad de separar propiedad y dirección cuando el número de propietarios se cifraba por cientos o por miles, que aportaban su capital y soportaban el riesgo, pero se desinteresaban de la responsabilidad gestora. "He aquí por qué los holandeses del siglo XVII, anticipándose tres siglos a las modernas tendencias doctrinales y legislativas, dotaron a la sociedad anónima de una organización aristocrática" (GARRIGUES), y por qué se vuelve a una estructura no democrática.

Cuando los hechos son tan palmarios, la cuestión jurídica se plantea en términos no menos meridianos: si los derechos se dan para la protección de intereses, cabe preguntarse con GARRIGUES (153), si se deben conceder a esos átomos de interés social derechos de administración para cuyo ejercicio sólo puede ser motivo, precisamente, la existencia de un interés societario apreciable. Los Códigos decimonónicos, inspirados en la concepción igualitaria de los socios, respondieron con una afirmativa unánime, dando a todos ellos derecho de voto en proporción a su participación en el capital, incluso el más moderno de ellos, el alemán de 1.897 (artº 252). Naturalmente, ocurrió, una vez más, lo que sucede siempre a las creaciones legales sin asiento en la realidad económica: los preceptos legales se quedaron en letra muerta, en pronunciamientos platónicos mientras que la vida de los negocios elaboraba su propio derecho aplicado. Era inútil dar al pequeño accionista acceso a juntas generales donde no le interesaba comparecer, y fueron en vano todos los recursos imaginados para incitarle al ejercicio del sufragio. Así, por ejemplo, la dis

---

(152) Así, cuenta RIPERT ("Aspects juridiques du capitalisme moderne", pág. 99) que un administrador de una gran compañía francesa exclamaba días antes de la Junta general: "Dadme el terreno entero de Châlons, tengo que reunir a cuarenta mil accionistas". En nuestros días esta cifra está ampliamente superada.

(153) Op. cit., página 83.

acuerdos importantes con objeto de impulsar a los socios modestos al uso de su derecho de voto; así, también, la práctica muy corriente en las compañías francesas de abonar un premio o remuneración por la asistencia a las Juntas generales (igualmente lo hacen algunas sociedades importantes en España). Unas veces por ignorancia total de los negocios sociales, otras por lejanía, otras por falta material de tiempo, y muchas más por desinterés, los titulares de paquetes pequeños no asisten a las Juntas generales.

La vida real de las compañías fue desvirtuando y eludiendo la correlación un tanto rigurosa y simplista entre lo económico y lo político y pronto aparecieron las acciones sin derecho a voto. El movimiento se inició, naturalmente, en las legislaciones que no habían formulado la regla de igualdad de sufragio, y así, en los Estados Unidos se emitieron acciones privilegiadas para el percibo de dividendos hasta cierto tipo porcentual, y carentes, como contrapartida, de todo sufragio (non-voting shares). Posteriormente, en virtud de modificaciones legislativas en algunos Estados de la Unión, se admitió incluso la posibilidad de emitir acciones ordinarias sin derecho a voto (154), si bien lo normal es que estas últimas tengan derecho al sufragio y no lo tengan, en cambio, las preferentes (preferred shares) o privilegiadas.

Ya hacia la tercera década del siglo actual discutía la doctrina mercantilista si se debía o no mantener la

---

(154) Cfr. BERLE y MEANS, "Società per azioni e proprietà privata", pág. 75, donde se cita el caso de la Dodge Brothers, que en 1.925 lanzó una emisión por la cual las cuatro quintas partes de las acciones ordinarias, además de las privilegiadas, quedaban desprovistas del derecho a participar en la elección de los administradores. De este modo, con una inversión de menos de 2.250.000 \$, la Dillion Read Co. pudo ejercitar legalmente el control sobre una empresa valorada en más de 130 millones de dólares. Sin embargo, al contrario de lo que había sucedido con las privilegiadas, estas acciones ordinarias sin sufragio no fueron favorablemente acogidas y tanto la Bolsa de Nueva York como el New York Curb se negaron a admitirlas a cotización.

correlación estricta una acción = un voto, y la verdad es que el problema continúa a nivel legislativo y jurisprudencial, si bien gana terreno la tendencia favorable a la creación de acciones sin derecho a voto o, cuando menos, la exigencia estatutaria de un número mínimo de acciones para poder votar en las Juntas generales.

En cuanto a los ordenamientos positivos, pueden distinguirse los siguientes grupos:

a' - Legislaciones hostiles a la privación del sufragio.

Son las de Francia, Bélgica y Luxemburgo, - que prohíben radicalmente y sin reserva las acciones sin derecho a voto, admitiendo, a lo sumo que se limite estatutariamente el número máximo de votos de que pueda disponer un accionista individual, sea cual sea su participación en el capital, y recusando, por otra parte, toda renuncia del socio al sufragio. Proscriben, asimismo, estos sistemas la cesión del derecho de voto separadamente de la acción, estos es, subordinan la transmisión de aquél a la transferencia del propio título (155).

b' - Legislaciones matizadamente adversas.

El derecho italiano autoriza la supresión - parcial del derecho de sufragio, como contrapartida de ventajas determinadas, a ciertas acciones, llamadas por esta razón

---

(155) En Francia las sociedades anónimas no podían crear acciones sin derecho de voto. El artículo 174 de la nueva Ley de 24 de julio de 1.966 estipula que "cada acción dará derecho a un voto, por lo menos", y que se tendrá por no puesta toda cláusula en contrario. Sin embargo, por excepción, la Ley de 26 de junio de 1.957, autoriza al Gobierno a fijar las condiciones en que el Estado podría emitir "certificados negociables" en representación de los derechos aparejados a las acciones de sociedades de prospección, explotación y refino de hidrocarburos, con exclusión del derecho de voto en las Juntas generales. En realidad, se trata de acciones sin derecho a voto que el Estado lanza al público, para que aporte sus ahorros, pero sin intervenir en la dirección del negocio.



título 2.351 del Código civil permite que se les prive del sufragio en las Juntas ordinarias, a condición de que no excedan de la mitad del capital social. Conservan, en cambio, el derecho de participar en las Juntas extraordinarias que deliberen sobre modificación de los estatutos, emisión de obligaciones, modalidades de la liquidación, etc.

Por su parte, el derecho alemán, probable matriz de la solución italiana, formula categóricamente el principio de que toda acción da lugar a un voto, por lo menos, si bien admite, al mismo tiempo, que se configuren acciones privilegiadas (Vorzugsaktien), sin este derecho (156). Se admite también que los estatutos limiten el número máximo de votos que puede emitir un accionista en las Juntas generales (artº 134 de la nueva Ley). De todos modos, no es demasiado frecuente el supuesto de las acciones sin sufragio. En 1.963 sólo veinte sociedades las tenían entre las cotizadas en Bolsa (157). Por otra parte, los estatutos de la sociedad deben fijar el tope máximo de acciones privilegiadas que se podrán emitir en relación con la suma total del capital (según la Ley de 1.937, era un tercio; la nueva Ley de 1.965 se limita a estipular en su artº 139, párrafo 2, que las acciones privilegiadas sin derecho a voto sólo podrán emitirse hasta un importe nominal total equivalente al valor nominal de las demás acciones). El derecho holandés ha adoptado una solución parecida, en materia de acciones sin sufragio.

---

(156) La nueva Ley de sociedades anónimas de 6 de septiembre de 1.965 dice, efectivamente, en su artículo 12: "Toda acción confiere el derecho de voto (das Stimmrecht). Podrán, sin embargo, emitirse acciones sin derecho a voto conforme a los preceptos de la presente Ley". Este texto continúa en realidad la línea tradicional del ordenamiento alemán.

(157) Cfr. KRIEBEL, "Mehr stimmrechtlose Vorzugsaktien, Aktiengesellschaft" (1.963), págs. 8 y 175, citado por RENE RODIERE, "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", pág. 33.

c' - Legislaciones favorables.

El ejemplo más característico es el de muchos Estados norteamericanos, como Nueva York por ejemplo. Ya se ha aludido incidentalmente a ellos.

d' - Derecho español.

Ha seguido tradicionalmente el criterio de que toda acción lleva indisolublemente aparejado el voto, pero muy pronto empezó a introducirse por vía estatutaria la práctica de exigir un mínimo de acciones para ejercer el sufragio. La Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1.951 ha consagrado la tendencia, al enumerar en su artículo 39 entre los derechos que toda acción confiere a su titular, "el de votar en las Juntas generales cuando se posea el número de acciones que los Estatutos exigen para el ejercicio de este derecho". Además, el artº 38, párrafo 2, dispone que los "estatutos podrán exigir con carácter general a todas las acciones, cualquiera que fuere su clase o serie, la posesión de un número mínimo de títulos para asistir a la Junta general y ejercitar en ella el derecho de voto; e, igualmente, podrán fijar el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir". (Hay una Sentencia importante en esta materia, la del Tribunal Supremo de 1º de julio de 1.961, en sentido favorable a la posibilidad de fijar el número mínimo de acciones como condición de asistencia).

La solución española se inspira, pues, en un criterio matizado, que, por una parte, no admite las acciones sin derecho, y por otra, atempera las consecuencias prácticas del principio democrático admitiendo que se exija un número mínimo de títulos para el ejercicio efectivo del sufragio.

e' - Conclusión.

En definitiva, las legislaciones adoptan en su mayoría soluciones favorables a la estructura oligárquica del poder societario, ya que en los sistemas que reconocen las acciones privilegiadas sin sufragio, se consagra legalmente, o poco me

des sociedades a favor de familias que se reservan los títulos con derecho a voto (éste es, sobre todo, el caso alemán), y en aquellos que no admiten la institución, la propia ley abre una vía de escape, admitiendo expresamente la condición estatutaria de un mínimo de acciones para el ejercicio del voto en las Juntas. De esta manera se refuerza ímplicita e indirectamente el control del individuo o del grupo dominante y se obliga a los pequeños accionistas a unirse para ejercer el sufragio, con las molestias y esfuerzos que toda agrupación requiere. Aclaremos que no se censura con las líneas que anteceden una tendencia que tiene profundas razones basadas en la experiencia universal de los negocios; simplemente dejamos constancia de un hecho.

d) Los pactos o convenios de voto.-

El tema despierta creciente interés en la doctrina mercantilista y ha suscitado en España una magnífica monografía (158) elaborada por una prestigiosa figura del foro madrileño. Distingamos fundamentalmente el sindicato de voto, por el que determinado grupo de accionistas establece una política común de sufragio en las Juntas generales, ora con vistas al gobierno efectivo de la sociedad (sindicato de mando), ora con vistas a oponerse en condiciones de éxito al grupo que domina la compañía y tiende a utilizar en provecho propio su poder directivo (sindicato de defensa); y el sindicato de bloqueo, que consiste en un convenio por el que los accionistas sindicados se comprometen a no desprenderse de sus acciones o a cederlas sólo a los demás sindicados durante el período de vigencia del pacto. El sindicato de bloqueo es, de hecho, complemento indispensable del sindicato de voto al garantizar que las acciones queden retenidas por los socios que han contraído compro-

---

(158) ANTONIO PEDROL RIUS, "La Anónima actual y la sindicación de acciones", Madrid, 1.969 (Edit. de Derecho Privado).

miso. Puede tener otras finalidades y cobrar vida independiente; por ejemplo, en una sociedad donde no haya restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones, es posible que el convenio se ponga al servicio de los mismos objetivos, si bien con una eficacia limitada al terreno obligatorio. Puede también suceder que el pacto entre en el campo puramente financiero, con vistas a la emisión y colocación de títulos para especular con ellos.

En una visión panorámica de la posición adoptada por los diversos ordenamientos positivos, se pueden distinguir varios grupos (159):

a' - Sistemas favorables.

Son, fundamentalmente, el germánico, el inglés y el norteamericano. En Alemania el fenómeno cundió muy pronto, íntimamente unido al desarrollo de los Konzern, y tras una etapa de hostilidad por parte de la jurisprudencia, la doctrina mercantilista abogó por su admisión, invocando argumentos de realismo práctico. La Ley de 1.937 no se pronunció sobre el tema, pero el hecho de que regulase en sentido permisivo la cesión del derecho de voto en su artº 110 (Legitimationsübertragung) parecía un indicio no por indirecto menos positivo. La nueva Ley de 1.965 ha reducido tanto el ámbito de la cesión legitimadora que la ha convertido virtualmente en un mandato, pero no formula, en definitiva, norma alguna que prohíba el convenio de voto. Por su parte, la jurisprudencia reciente es reiteradamente favorable, dentro de los límites de las buenas costumbres. Se dan casos de convenios que se extienden a diez y hasta veinte años. Sólo en el caso de que un accionista se haya comprometido frente a la propia sociedad a votar según las instrucciones de ésta, se percibe una posición negativa de la jurisprudencia, por entenderse que la compañía no debe influir sobre la votación en sus Juntas generales. En cambio, ya en la Ley de -

---

(159) Cfr. PEDROL, op. cit.

1.937 era delito penal el convenio o pacto de voto a cambio de una remuneración y la vigente de 1.965 ha agravado las penas.

En Inglaterra se ha dado, sin más, una "pacífica admisión" de la práctica (PEDROI), y ni siquiera se ha planteado doctrinalmente el problema. En Norteamérica hay dos instituciones que cumplen las funciones desempeñadas en Europa por la sindicación accionaria: el Voting Trust y el voting agreement o pooling agreement, que es el más parecido a la figura europea, pero su papel es muy reducido, aparte de que se le trata con desconfianza por ser normalmente un acuerdo secreto, desconocido, por lo tanto, para los demás accionistas. El Voting Trust es, en cambio, una práctica influyente y típicamente norteamericana, en la que el promotor suele ser o un gran accionista o un grupo especializado en defender los intereses de pequeños accionistas. En el contrato que sirve de ley fundacional, el voting trust suele exponer sus propósitos respecto a la política social. Los accionistas transmiten sus títulos a los trustees, es decir, a unos compromisarios, futuros gestores del trust, que pasan a ser titulares de las acciones en los libros de la compañía. A cambio, los socios cedentes reciben certificados representativos de su participación en el acuerdo (trust certificates). A partir de este punto se produce una separación entre la propiedad "legal" del título, que pasa a los trustees, quienes pueden así ejercer el sufragio, y la propiedad "beneficiaria", o sea, la que confiere el derecho al percibo de dividendos o cualquier otro derecho de contenido económico, y que sigue perteneciendo al accionista (aunque el acto material de percepción corra a cargo de los propios trustees, que luego entregan el importe a los "beneficiarios"). Cuando son más de dos, los trustees deciden por mayoría su actitud en la próxima Junta general, y en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de cualquiera de ellos, suelen ser sus colegas, y no los accionistas, quienes designan al sucesor.

es muy reducido el poder de la Junta general, cuya reunión anual no es obligatoria, y que ese poder se ejerce casi exclusivamente para el nombramiento o la revocación de los directivos (directors), luchando, por añadidura, contra las restricciones impuestas por los by-laws o reglamentos de la compañía, es en este campo acotado donde los voting-trusts despliegan su influencia, si bien con el factor limitativo que deriva de la no sumisión de los directores a las instrucciones de la Junta. El voting-trust ha tenido tantos valedores como detractores, y en su defensa o vituperio han cundido los trabajos doctrinales. De todos modos, el crecimiento de las principales sociedades americanas y el incremento de su censo de accionistas, repartido en todo el territorio de la Unión, han debilitado el argumento de los primitivos mercantilistas hostiles a la práctica que, según ellos, privaba al socio de la oportunidad de escuchar la opinión de sus colegas en la Junta. En los últimos tiempos, el criterio que se va imponiendo en la jurisprudencia es que los voting trusts no son legales en principio, sino que su validez está sometida y condicionada a la finalidad con que se concertan. PEDROL resume así las conclusiones que pueden extraerse:

- En primer lugar, el trust no puede estar al servicio de una meta monopolística.

- En segundo lugar, no debe enfrentarse a la política del Estado en una materia determinada (160).

- En tercer lugar, el hecho de que los accionistas busquen ventajas particulares no hace la combinación ilegal, en tanto no se obtenga la ganancia en perjuicio de la sociedad o de los demás socios.

Diversos Estados, como Nueva York, Pennsylvania, Cali-

(160) Así, en el caso Bridgers versus First National City Bank, el Tribunal de Carolina del Norte declaró que el voting trust, formado con la finalidad de evitar que el control de un Banco fuese a parar a manos de un solo propietario era inválido, por contravenir la política de la Ley de Bancos nacionales.

bien con ciertas obligaciones rigurosas en punto a publicidad. Algunos admiten (Pennsilvania) la incorporación al trust de acciones de entidades bancarias, y otros, en cambio (Nueva York), la prohíben expresamente (161).

b' - Sistemas hostiles.

Frente al grupo de los "indulgentes", se alza Francia como paladín de los que podríamos llamar los "duros" RODIERE ("Le problème du droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", pág. 35) no vacila en hablar de "sévérité française". Efectivamente, la doctrina del país vecino ha sido siempre hostil a los convenios, so pretexto de que coartaban la libertad de voto, sobre todo los que trataban de vincular la voluntad de los socios de modo general, así como los que se concertasen por tiempo indefinido. En cambio, se enjuiciaban con cierta indulgencia los establecidos para una Junta determinada o en relación con un asunto concreto. La jurisprudencia se pronunciaba en sentido predominantemente negativo, si bien confirmaba la validez de pactos que implicaban el compromiso de votar explícitamente con motivo de una operación específica.

"Sin que nadie lo esperase" (PEDROL), el Decreto-Ley de 31 de agosto de 1.937 vino a declarar radicalmente nulas en sus disposiciones principales y accesorias las cláusulas que tuviesen por objeto o como efecto atentar al libre ejercicio del derecho de voto en las Juntas generales. Los especialistas interpretaron que el texto no pronunciaba la nulidad de toda convención de esta naturaleza, sino que el pacto o convenio sólo sería nulo en el caso de que la cláusula contenida en él pu-

(161) PEDROL ("La Anónima actual y la sindicación de acciones") comenta, basándose en LEVY ("Private Corporations", págs. 658-659), que la buena acogida legislativa del voting trust quizá se deba, en parte, a la ausencia de un órgano adecuado de control de los administradores en las sociedades norteamericanas. Con el voting trust se da a los accionistas que lo deseen, una oportunidad de coalición para la defensa de sus intereses frente a los directivos.

que el texto fue mal acogido por la doctrina y que la jurisprudencia no lo aplicó literalmente (162). Lo mismo sucedió con los sindicatos de bloqueo.

La nueva Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1.966 ha derogado, en su artículo 505, el citado Decreto-Ley de 1.937, sin establecer, por otra parte, disposición alguna en la materia. Los mercantilistas se inclinan a pensar que la jurisprudencia seguirá su línea tradicional de admitir todo pacto o convenio que oriente y reglamente, pero no suprima, la libertad de voto del accionista. Será condenable, por ejemplo, como ya lo era antes, el mandato irrevocable de voto dado en los sindicatos de bloqueo (163).

En Bélgica se tiende, igualmente, a la severidad, si bien no existe texto expreso de orden legislativo.

c' - Sistemas "fluctuantes".

Mejor cabría decir "inciertos" (RODIERE). En esta categoría incluimos fundamentalmente a Holanda e Italia. El Tribunal de Casación de los Países Bajos ha admitido la validez de las convenciones de voto, pero si algunos autores las aprueban, otros las impugnan.

En Italia es quizá donde el tema más ha preocupado y sigue preocupando a la doctrina mercantilista, desde antes de la Primera Guerra Mundial. En líneas generales, se ha evolucionado desde una marcada hostilidad (VIVANTE, SCIALOJA, LA LUMIA) hacia una actitud matizadamente favorable, que ya se insinuó en la tercera década del siglo (WEILLIER, 1.926). En cuanto a la legislación, diversos proyectos elaborados a lo largo de

---

(162) RODIERE, "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", pág. 35. Cfr. también RIPERT, "Traité élémentaire de Droit Commercial", I, página 570.

(163) Cfr. LE MONDE de 19.11.1.966, artículo de ROGER ADOLPHE LACAN, "Après l'adoption de la Loi Foyer, les conventions de vote sont-elles désormais valables ?" La "Loi Foyer" es la nueva Ley de 1.966, así llamada en honor de JEAN FOYER, ministro de Justicia que presentó el proyecto al Parlamento.



la centuria contenían disposiciones específicas sobre el tema, en el sentido de permitirlos convenios que se formularan por escrito y para un plazo determinado, pero no cristalizaron. Ni siquiera tuvo esta fortuna el artículo 226 del proyecto del actual Código civil (que data de 1.942), ya que, en definitiva, el legislador prefirió no abordar el tema y ceder a los Tribunales la decisión en conciencia, caso por caso. En las Relazioni anejas se justificaba esta inhibición invocando la "multiplicidad de situaciones" a que habría dado lugar una intervención legislativa declarada. La única directriz dada a los Tribunales consistía en recordarles que el Código prohibía el ejercicio del voto a cuantos accionistas tuviesen conflictos de intereses con los de la propia sociedad, con lo cual parece deducirse (PEDROL) que el pensamiento del legislador yuxtaponía, identificaba, los convenios de voto ilícitos a los destinados a provocar acuerdos contrarios al bien de la compañía.

Por fin, en el actual proyecto de reforma parcial del Código civil, se acepta la validez del Sindicato de voto por un plazo máximo de tres años, siempre que se estipule por escrito. Es de prever que el Parlamento apruebe el proyecto en los próximos meses, lo que significaría el triunfo de la licitud del sindicato y liquidaría las fluctuaciones de la jurisprudencia, que, tras una serie de pronunciamientos favorables (1.954, 1.958 y 1.968) se ha vuelto, sorprendentemente, atrás. (Sentencia del Tribunal de Casación de 25 de enero de 1.965; cfr. PEDROL, op. cit.).

#### d' - Derecho español.

El Código de Comercio guardaba absoluto silencio sobre la cuestión, si bien las leyes extranjeras no la mencionaban tampoco. La doctrina nacional sí se ocupó, en cambio, del tema: así, URÍA, SOLA, CAÑIZARES, LANGLE y GARRIGUES, antes de la entrada en vigor de la Ley actual de 1.951, y todos, salvo el tercero, en sentido matizadamente favorable.

veniente en anticipar la deliberación de la Junta general de ac  
cionistas" y en que "lo que ocurre es que no se engendra la vo  
luntad dentro de la Junta general y de una manera precipitada,  
como suele ocurrir en las Juntas generales, sino fuera de la  
Junta y más despacio que cuando se forma dentro de ella"(164).  
Las posiciones se han esclarecido más si cabe en los últimos  
años en favor de la licitud de los convenios. (URIA, en su Co-  
mentario, SAPENA y GIRON TENA).

La Ley de 17 de julio de 1.951 no ha formulado pro-  
nunciamiento expreso, quizá porque sus autores, ayunos, justo  
es decirlo, de un trasfondo jurisprudencial y de una doctrina  
definida en la materia, creyeron más sensato esperar a que la  
investigación jurídica nacional ahondase en el tema, y quizá  
también, según PEDROL (165), porque la opinión de los redacto-  
res no era unánime, especialmente en cuanto a los convenios de  
carácter general.

A falta de preceptos prohibitivos explícitos, cabría  
aplicar el principio genérico de libertad contractual consa-  
grado por el artículo 1.255 del Código civil (166), aparte de  
que existen en la propia Ley artículos que, de modo indirecto  
e incidental, parecen abonar la tesis de que legalmente no hay  
nada en contra de la figura. Así, el artículo 71, párrafo 2,  
que permite la "agrupación" de acciones con vistas a la elec-  
ción de administradores en la Junta general, y sobre todo, el  
60, párrafo 3, que prevé la agrupación de títulos en número su-  
ficiente para que sea posible el derecho a voto, no menos que  
la representación a favor de uno cualquiera de los propietarios

---

(164) JOAQUIN GARRIGUES, conferencia sobre "Los sindicatos de  
accionistas", en la Academia Matritense del Notariado.  
(Revista de Derecho Mercantil, enero-marzo de 1.955, páginas  
91 y siguientes).

(165) Op. cit., página 249.

(166) "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la Moral, ni al orden pú-  
blico".

cial para cada Junta).

La jurisprudencia no ha sido frondosa, pero sí sugerente, en el sentido de admitir, a veces implícitamente, otras de modo explícito, la validez de los convenios (167).

e) El voto por representación y los poderes en blánco.-

Desde el origen de las sociedades multitudinosas, ha quedado en claro que el pequeño accionista no experimenta el menor interés por participar en las Juntas generales; de hecho no tiene en muchas ocasiones posibilidad física o económica de hacerlo. Al no hacer uso el accionista de su derecho de voto, queda éste "flotando" (GARRIGUES), hasta que lo capta o atrae un centro o núcleo de intereses; los grandes Bancos que, entre otras funciones, son depositarios de los títulos de su clientela. De este modo, el socio se evita los riesgos de custodiar los títulos y las molestias de cobrar personalmente los dividendos. Ahora bien, el Banco no suele limitarse a la pura administración de los efectos depositados, sino que ejerce, previa instrucción del cliente, el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital, el derecho de conversión cuando se trata de obligaciones convertibles, etc., y en esta progresiva "dejación de facultades" (GARRIGUES), los depositantes llegan a desprenderse del derecho de sufragio en favor del Banco, autorizándole a que vote con las acciones depositadas.

Se emplean fórmulas diversas en la práctica bancaria. Unas veces en las condiciones generales que suscribe el cliente figura una cláusula sobre el ejercicio del voto; otras veces no hay autorización general dentro de las condiciones contractuales, sino que el Banco envía al cliente, junto a las condiciones generales, un formulario de autorización para votar,

---

(167) Cfr. PEDROL, op. cit., páginas 251-259, en que el autor comenta las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1.961, 10 de octubre de 1.962 y 28 de septiembre de 1.965.

que el cliente puede o no suscribir, finalmente, existen autorizaciones particulares en cada caso. En Alemania la autorización general es lo más frecuente, mientras que en España suele ocurrir lo contrario, es decir, la autorización específica. Convocada la Junta general, el Banco anuncia a sus clientes la convocatoria, por circulares, mencionando el hecho de que ya en años anteriores ha concurrido con la representación de importantes paquetes de sus depositantes, y termina solicitando autorización para representar o hacer que se representen en la Junta por la persona que el propio Banco designe, las acciones que figuran en depósito a nombre del cliente. A la circular suele ir unido un impreso de contestación, en el que se contiene la fórmula para la autorización solicitada.

Paralelamente, ciertas sociedades anónimas acostumbran a incluir en la tarjeta o formulario que suministran a los socios que han acreditado su derecho de asistencia, una fórmula de representación para la Junta general con la mención de los artículos estatutarios que autorizan esa representación. Como los administradores saben de antemano que los socios no asisten, se adelantan a ofrecerles la fórmula para la delegación del sufragio.

Desde el punto de vista conceptual, la práctica alemana (Depotstimmrecht) es una figura especial de la institución civil, consistente en la autorización para el ejercicio de derechos ajenos (Ermächtigung), y fue bautizada por STAUB con el expresivo nombre de cesion legitimadora (Legitimationsübertragung). Es perceptible su distinción de otras instituciones a primera vista afines, como la fiducia, la representación indirecta y el compromiso de voto. El accionista no transmite ni pretende transmitir la propiedad del título, ni siquiera temporalmente. Por otra parte, el Banco no actúa como mandatario suyo, sino en interés propio, y además no se ha comprometido

Expuestos los rasgos con que nació la institución en la doctrina y la práctica germánicas, resumamos sus efectos sobre la vida de los negocios y sus avatares legislativos. Pronto se desató una interesante polémica sobre el primer punto. La crítica negativa se basaba en el hecho comprobado de que la cesión daba de facto a los Bancos un poder ilimitado sobre la marcha de sociedades en las que tenían una participación insignificante, con lo que adquirirían un poder efectivo absolutamente desproporcionado al riesgo que pudiesen correr por los asuntos sociales. Los Bancos usaban, además, ese poder en beneficio e interés propio, que en alguna ocasión era opuesto al de los accionistas representados. Uno de los casos más espectaculares fue la táctica de varios establecimientos crediticios que, durante la inflación galopante subsiguiente a la guerra de 1.914-1.918, realizaron grandes aumentos de capital mediante las nuevas acciones suscritas y desembolsadas con marcos desvalorizados, y pudieron así participar, en perjuicio de accionistas antiguos, en los patrimonios de muchas compañías (168). Por último, se acusaba a la cesión legitimadora de ser el instrumento más importante de falsificar mayorías y crear una voluntad social ficticia.

En defensa de la cesión se argüía, primero, que protegía los intereses del Banco acreedor del accionista, evitando que éste pudiera, a través del voto, vaciar el contenido patrimonial de la acción que el Banco había recibido en garantía; segundo, que en el caso frecuente de que la sociedad hubiese recibido créditos del Banco, era lógico que éste tuviese cierta influencia sobre la dirección para asegurarse la recuperación de los fondos prestados; tercero, que, por regla general, la Banca sigue una política más conservadora, y en de-

---

(168) Cfr. ANTONIO PEDROL, "La Anónima actual y la sindicación de acciones", páginas 179-183.

...nistas transeúntes", únicamente interesados en ganancias especulativas, y por último, que el vacío creado por el absentismo de la masa de pequeños accionistas, que dejaba a la sociedad a merced de la minoría dominante, sólo se podía remediar eficazmente con la intervención de la Banca a través de la cesión legítimadora.

La Ley de 1.937 consagró la institución al admitir expresamente, en su artículo 110, el ejercicio en nombre propio del derecho de voto correspondiente a acciones ajenas, si bien condicionándolo a que el Banco declarase el número de títulos que representaba (no se le obligaba, en cambio, a declarar el nombre del propietario). La autorización al Banco debía constar por escrito y sin espacios en blanco, y ser revocable en cualquier momento.

La nueva Ley de 6 de septiembre de 1.965 regula la figura (artículo 135) de modo, en principio, semejante. Sólo será válida la cesión por escrito, sin espacios en blanco y revocable en cualquier momento. Por otra parte, el documento de legitimación sólo podrá mencionar a un banco determinado y conceder el derecho de voto por quince meses, como máximo. Ahora bien, al obligar la nueva Ley al Banco a comunicar anticipadamente al accionista cuál es la orientación que piensa seguir al votar sobre los diversos puntos del orden del día para que el socio pueda, si le interesa, darle instrucciones precisas, prácticamente se configura la institución como un mandato, ya que el Instituto queda subordinado teóricamente a la voluntad del accionista. Además, el artículo 128 proclama que el Banco deberá actuar en interés de su cliente, y que no se podrá excluir contractualmente por anticipado la obligación de resarcimiento de daños por el mal cumplimiento del encargo.

En los ordenamientos positivos tiende a preponderar la solución moderada, consistente en admitir con reservas y garantías formales la cesión del derecho de voto en general, y

ejemplo regresivo, por lo que se refiere estrictamente a los Bancos, la Ley española de 17 de julio de 1.951, que en el párrafo 2 (que no figuraba en el proyecto) de su artículo 60, de clara: "No será lícita la representación conferida a una per-  
sona jurídica ni la otorgada a las personas individuales que aquélla haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate". Aunque no se cita a los Ban-  
cos, está clara la intención del legislador. La doctrina es-  
pañola se muestra casi unánime en censurar un criterio simplis-  
ta y, en definitiva, ineficaz, ya que el artículo 60 no ha im-  
pedido que en muchas Juntas generales interviniesen los estable-  
cimientos de créditos a través de testaferros o de simples em-  
pleados. Por otra parte, la Ley no parece haber tenido en cuen-  
ta que, muy a menudo, el ejercicio delegado del voto por un Ban-  
co supone el único freno efectivo a los abusos de una adminis-  
tración ávida de poder y ayuna de escrúpulos. Como ha obser-  
vado cáusticamente PEDROL (169): "A nuestros legisladores no  
les preocupa, por lo visto, que los administradores soliciten  
la representación sin explicarles a los accionistas qué asun-  
tos van a discutirse en la Junta ni cuál va a ser la dirección  
del voto que, por su delegación, van a ejercitar. Ni les preo-  
cupa tampoco que con tal delegación, conseguida generalmente con  
la firma en blanco, los administradores autoaprueben su gestión  
y aun un amable voto de gracias... En cambio, les preocupa mu-  
cho, según parece, que el Banco depositario de los títulos con-  
siga del accionista-depositante la misma delegación que el admi-  
nistrador consigue del accionista-administrado".

Nuevamente se especula con una próxima reforma de la  
Ley de sociedades anónimas. Si tal se confirmara, se podrían  
tener en cuenta como soluciones de lege ferenda las siguientes  
(PEDROL):

(169) "La Anónima actual y la sindicación de acciones", págs. 185-  
186.

en su caso, a los Bancos que explicasen a los accionistas, con suficiente detalle, el orden del día de la Junta general convocada, y las directrices en que piensen ejercer el voto que solicitan.

2ª) Facilitar al accionista la posibilidad de conceder un mandato imperativo respecto de los temas que se van a tratar.

3ª) Hacer responsables a los administradores o al Banco representante cuando se aparten de las instrucciones recibidas.

4ª) Que se prohíba el mandato en blanco o, en todo caso, se responsabilice a quien lo reciba por el uso que haga de la representación la persona con cuyo nombre se ha rellenado la referida delegación en blanco.

El último punto nos conduce a tratar la cuestión, conexa al fin y al cabo, de los "poderes en blanco". En algunos países se han admitido sin reservas (Francia, Bélgica, Luxemburgo, entre otros). Hay ordenamientos que exigen que el apoderamiento se dé por escrito; por ejemplo, el italiano (artículo 2.372 del Código civil), el holandés (artº 44 del Código de comercio) y el alemán (artº 134, párrafo 3, de la Ley de 1.965), lo cual plantea la interrogante de si el accionista representado deberá o no escribir el nombre del apoderado o mandatario. Por su parte, los autores italianos responden afirmativamente, lo que implica prohibir los poderes en blanco (170). En el caso del derecho alemán, la respuesta sería más compleja y matizada, salvo, como se ha visto, para el caso de los Bancos, ya que el artº 134, párrafo 3, de la nueva normativa dice, simplemente, que la forma escrita será "necesaria y suficiente" y, mientras, el párrafo 4 encomienda a los estatutos la forma con

---

(170) RODIERE, "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", páginas 37-38.



tica alemana no se otorgan apenas poderes en blanco.

En España, la Ley de 1.951 ha llenado un vacío, regulando la delegación del voto (artº 60), y si bien no prohíbe literalmente el poder en blanco, restringe sus peligros, exigiendo una delegación por escrito para cada Junta. Idéntica orientación sigue el actual proyecto italiano.

Como conclusión general, reconozcamos, ante todo, un importante efecto concentrador a la delegación y a la cesión de voto en general, sobre todo cuando se dan en su forma extrema de cesión legitimadora. Así, en la República Federal Alemana, la encuesta encargada por el Gobierno sobre el grado de concentración de la economía nacional, ha revelado, con referencia a 1.964, datos interesantes (171). De las acciones, cotizadas en Bolsa, de 425 sociedades y depositadas en 343 bancos, por un total de 7.893 millones de DM nominales, 5.475 millones, o sea, más del 50%, fueron representados en las respectivas Juntas mediante apoderamiento conferido al establecimiento depositario, del siguiente modo:

= 122 millones de DM, representados por el banco mismo en nombre del cliente.

= 4225 millones de DM, por el Banco en nombre propio.

= 998 millones de DM, por un tercero en nombre del banco depositario, y

= 130 millones de D.M., por un tercero en nombre propio.

Se demostró que ese tercero autorizado por el Banco de positario era, a su vez, un Banco en la mayoría de los casos, gracias a una estadística suplementaria que abarcaba el conjunto de capitales societarios poseídos por los bancos, tanto en calidad de accionistas (1.200 millones de DM) como en calidad de depositarios (7.893 millones, como se dijo).

(171) Publicada en octubre de 1.964 por el Bundestag (Bundestags drucksache IV/2.320), con el título "Bericht über das Er- gebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft".

no en las demás naciones que admiten el apoderamiento bancario, está de acuerdo en el influjo aglutinador de ese procedimiento y en que confiere de hecho un enorme poder a los institutos crediticios en los Consejos de Administración o Dirección (Vors-tand) y en los de Vigilancia (Aufsichtsrat). Como ha observado HAROLD RASCH, gran especialista del derecho de konzernos (172), "el derecho de voto con los títulos depositados proporciona a los bancos la garantía de que sean efectivamente elegidos los nombres propuestos... Con la ayuda del derecho de voto con títulos depositados dominan los bancos ampliamente las Juntas generales e influyen así en la elección de las personalidades rectoras de la economía..." Las reflexiones transcritas muy bien podrían aplicarse a las demás naciones, especialmente a Francia e Italia.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla. Sin negar el refuerzo que la intervención de los Bancos en las Juntas generales supone para un poder directivo reunido ya en manos de una minoría, no es menos cierto que en muchas ocasiones son, repetimos, los institutos de crédito los únicos a los cuales es factible pedir cuentas a los administradores en una Junta general, ejerciendo así un control que no conseguiría ningún accionista modesto, ni siquiera agrupado a otros de su condición. Por otra parte, si se suprime la delegación o cesión del voto a la Banca, por miedo a una excesiva acumulación de poder en su provecho, habría que dar paralelamente el paso lógico de prohibir la delegación del sufragio en manos de los administradores o a restringirla muy severamente, como ya hacen determinados ordenamientos nacionales, por ejemplo, el alemán y el francés, y no ha hecho, en cambio, la Ley espa-

---

(172) "Deutsches Konzernrecht", Colonia-Berlin, 1.955, páginas 296 y siguientes.

noia. Citemos, una vez más, la opinión de PEDROL (173): "¿Es que acaso resulta presumible una mayor independencia de criterio y un mayor desinterés en el administrador que vota con las acciones que representa respecto de la aprobación de su propia gestión, que en un Banco que no ha administrado la sociedad y que también acude a la Junta representando acciones ajenas?".

A la vista de lo expuesto, la conclusión no puede ser simplista y tajante, sino matizada. En términos globales, parece que el mecanismo de delegación y cesión del sufragio ha reforzado el poder de los institutos financieros, pero al mismo tiempo ha limitado o, por lo menos disciplinado, el arbitrio de los administradores en el seno de ciertas grandes compañías, impidiéndoles tomar decisiones que podían ir en contra de los intereses de la sociedad y, en definitiva, de los accionistas modestos.

f) Las cláusulas oligárquicas.

Se puede llamar así, en general, a "toda estipulación de los estatutos que confiera a ciertos portadores de acciones un derecho de prioridad para designar a los órganos sociales o bien un derecho particular en el seno de la Junta general" (RODIERE).

No todos los derechos nacionales conocen este tipo de pacto. Así, los ordenamientos francés, belga y luxemburgués lo prohíben implícitamente. No sucede, en cambio, lo mismo en otros sistemas. Concretamente en los Países Bajos se ha abierto paso "triunfalmente" (RODIERE) una cláusula que limita los poderes de la Junta general en la designación de administradores y comisarios de cuentas, obligándola a elegirlos entre listas elaboradas por los portadores de acciones privilegiadas. Era discutida la validez de estas estipulaciones, cuando en 1.898 la Royal Dutch Shell recibió autorización real para adaptarlas en sus estatutos. Desde la Primera Guerra Mundial (173) "La Anónima actual y la sindicación de acciones", páginas 183-189.

tado, incluso, la tendencia, hasta el punto de que hoy constituyen regla general.

La nueva Ley alemana de 6 de septiembre de 1.965 dispone (artº 101, párrafo 2), recogiendo el espíritu de la de 1.937, que los titulares de acciones nominativas cuya transferencia esté sujeta a la aprobación de la sociedad podrán, si así lo prevén los estatutos, elegir hasta un máximo del tercio de los puestos del Consejo de Vigilancia.

### 13. Las "uniones personales" como culminación del proceso.

El proceso no se agota en la preponderancia de grupos minoritarios dentro de cada sociedad, a través de los diferentes instrumentos descritos en la sección que antecede, sino que tiende, por la propia naturaleza de los negocios, a tejer lazos tan íntimos como sutiles y complejos entre las diferentes sociedades y centros de intereses, a través de sus directivos. Casi generalmente, se trata de pactos más o menos reservados y confidenciales sobre una política común de mercados o sobre la "no agresión" económica en sus respectivas zonas de mercado, pero es más importante y espectacular el dominio o control simultáneo de numerosas compañías por una lista de cien o doscientos nombres que se repiten a lo largo de los años en los Anuarios Financieros y las reseñas de prensa sobre las Juntas generales. Primero, es el control en una sociedad; luego viene el control de varias compañías, fenómeno éste que reviste topicalidad en el análisis crítico del capitalismo contemporáneo, sea cual fuere su perspectiva ideológica. Ya HILFERDING describió gráficamente la evolución (174): "Se forma un círculo de personas que, en virtud de su propio poder de capital, o también como representantes de la fuerza concentrada de capital ajeno (directores de Bancos) ocupa lugar en los Consejos directivos de un gran (174) "El capital financiero", página 126.

cie de unión personal (Personalunion), por un lado, entre las mismas corporaciones, y por otro, entre ellas y los Bancos, hecho sumamente importante para la política de estas compañías, porque se constituye una asociación de intereses entre las distintas sociedades (gemeinsame Besitzinteresse).<sup>175</sup> HILFERDING distinguía dos manifestaciones fundamentales: una, los representantes de la Banca en las sociedades industriales; otra, los de sociedades industriales en otras de un sector distinto. La primera modalidad se debe al "interés de los Bancos en vigilar continuamente a las sociedades industriales por acciones en que tienen participación, siendo la mejor forma de hacerlo la representación en los Consejos de Administración", con lo que, al mismo tiempo, el Banco se asegura todas las transacciones que tienen relación con el negocio de emisión; en cambio, la segunda modalidad se debe a relaciones puramente comerciales, ya no financieras, entre las empresas (así, cuando el representante de una fundición de hierro figura en el Consejo de Administración de una mina de carbón, procura que la fundición adquiriera el carbón de esa mina y no de otra).

HILFERDING concluía: "Estas uniones personales se convierten en precursoras o promotoras de vínculos organizados y más íntimos entre sociedades que hasta ese momento eran independientes entre sí", a saber, de los cárteles, trusts y otras organizaciones.

En los últimos años la interconexión de empresas por consejeros comunes ha adquirido tal envergadura que un sector de la doctrina mercantilista ha querido elaborar una teoría especial o, por lo menos, un concepto de las "uniones personales" y de los "grupos personales" de sociedades (175),

---

(175) Así, entre otros, CHARLES VANHAECKE, op. cit., págs. 143-146, y CLAUDE CHAMPAUD, op. cit., págs. 229-232.

y que determinados ordenamientos nacionales han tratado de acotar la amplitud del fenómeno prohibiendo que una misma persona desempeñe más de un número determinado de puestos de Consejos de Administración, a título de Presidente, vocal o consejero-delegado, o de director-general. Así, el artículo 92 de la Ley francesa de 1.966 fija un máximo de ocho Consejos de sociedades anónimas que tengan su domicilio social en la Francia metropolitana, para cargos de vocal, declarando nulo todo nombramiento hecho con violación de esta norma, y en su artículo 111 prohíbe que se puedan ejercer simultáneamente más de dos mandatos de Presidente de Consejo de Administración de sociedades anónimas que tengan su domicilio social en la Francia metropolitana, y en España la reciente Ley 31/1.968, de 27 de julio, sobre Incompatibilidades y limitaciones de Presidentes, Consejeros y altos cargos, establece que los Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros, Administradores, Directores Generales y asimilados de bancos privados, no podrán desempeñar cargos análogos en otros bancos ni formar parte de más de cuatro - Consejos de Administración en sociedades anónimas españolas. Por otra parte, según la misma Ley, los Consejeros-Delegados y Directores Generales de Bancos privados no podrán ocupar, al mismo tiempo, en otro Banco o sociedad anónima ninguno de los mencionados cargos ni otros equivalentes. El derecho alemán es, paradójicamente, más suave y más riguroso, a la vez. Más suave, porque no establece límite legal de ninguna clase. Más riguroso, porque el artº 88 de la Ley de 1.965 dispone que los miembros de un Consejo de Dirección no podrán serlo del Consejo o de la administración de otra sociedad ni tampoco socios con responsabilidad personal en otra compañía, sin autorización del Consejo de Vigilancia de la sociedad anónima que administren, licencia que sólo podrá otorgarse para sociedades o negocios específicos. Se trata, sin embargo, de

mientos positivos desconocen estas restricciones.

Todavía es pronto para juzgar la eficacia de restricciones que cabe burlar y que, efectivamente, son burladas mediante la elección o nombramiento de testaferros e intermediarios. En todo caso, estas medidas, aun siendo hasta cierto punto convenientes, por lo menos en el plano de los principios, no resuelven los problemas fundamentales de estructura económica a nivel de sistemas nacionales. Bien es verdad que no es el derecho mercantil, tal como clásicamente se le concibe, la rama del derecho más indicada para acometer estas cuestiones, que ya no pertenecen a la órbita de las relaciones privadas, sino a la esfera del orden público económico. De hecho, han sido las leyes antitrusts de algunos países, como los Estados Unidos, las normas que han abordado, siquiera insuficientemente, este aspecto de las sociedades mercantiles, prohibiendo de modo categórico la existencia de administradores comunes entre sociedades competidoras (ejemplo típico, la Ley CLAYTON en los Estados Unidos). Es cierto que también numerosos ordenamientos de sociedades mercantiles prohíben, dentro de una óptica puramente privatista, la compatibilidad de cargos en empresas del mismo ramo de negocios, entre ellos la Ley española (176), pero esto es insuficiente, por no decir, lisa y llanamente, platónico. Son centenares en España y en muchas naciones capitalistas los casos de consejeros o administradores que pertenecen a la vez a dos o más siderúrgicas, dos o más cementeras, o bancos o empresas productoras de energía eléctrica, o navieras o constructoras navales, pero rarísimos los casos de que alguno de esos conse-

---

(176) Párrafo segundo del artículo 83 de la Ley de sociedades anónimas: "Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta general".

Por el contrario, el hecho se acepta como algo natural, más aún, las sociedades lo encuentran beneficioso, pues la presencia de uno o varios de sus consejeros en el seno de sus competidores les brinda una magnífica posibilidad de llegar a pactos o arreglos moderadores de la competencia. Es un fenómeno más de esa tendencia general que en 1.932 ARTHUR BURNS denominó plásticamente "el declive de la competencia" en su célebre obra del mismo nombre ("The decline of competition"). La competencia ya no es suprema lex.

14. Las normas del derecho de sociedades anónimas contra los abusos de poder.-

La exposición seguida hasta aquí podría inducir a la impresión parcial e injusta de que la legislación se ha propuesto sistemáticamente fomentar la concentración de capitales, primero; luego, la de empresas entre sí, y por último, la del poder económico dentro de cada sociedad y en los grupos o complejos de compañías sin tener en cuenta para nada los intereses de los accionistas corrientes y de los acreedores. La realidad es, sin embargo, que desde comienzos de siglo son cada vez más numerosos y severos los textos legales dictados en defensa de los accionistas, acreedores sociales y cuantas personas en general se relacionan con las sociedades anónimas. No es que estos textos hayan evitado la tendencia a la concentración, fenómeno que, en definitiva, obedece a causas estructurales, aparte de que tampoco era ésa su misión, pero es indiscutible que, en cierto modo, han rodeado de exigencias formales y de requisitos más o menos rigurosos de publicidad y claridad financiera las operaciones y aspectos de la gestión social en que más directa y espectacularmente se hace sentir la prepotencia de los administradores o de los grandes accionistas sobre la masa de socios.

No hay por qué analizar aquí en detalle los tipos



de RODIERE (177), pero sí cabe citarlos brevemente por grandes apartados:

- Las reglas de "quorum" y de mayoría en las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, reglas que son muy liberales en ciertos ordenamientos, como el holandés, por ejemplo (también, en menor medida, el alemán), y más bien rigurosas en otros (como el francés, y más aún, el español);

- la limitación del número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista individual, cualquiera que sea el volumen de su paquete de títulos, medida anti-oligárquica por excelencia; en Francia, por ejemplo, eran diez en la Ley antigua de 1.867, mientras que la de 1.966 deja a los estatutos la posibilidad de fijar el límite discrecionalmente (solución adoptada también por la Ley española de 1.951; en Bélgica, se fija legalmente el tope de un quinto (el 20%) de los votos correspondientes al total de las acciones o bien de dos quintos del número de votos correspondiente a los títulos representados, etc.

- disposiciones prohibitivas o restrictivas, a menudo acompañadas de normales penales específicas, en materia de contratos concertados u obligaciones contraídas por los administradores por su cuenta frente a la sociedad misma que gestionan;

- prohibición de que las personas jurídicas formen parte del Consejo de Administración o sean administradores de una sociedad anónima, establecida por algunos ordenamientos;

- limitaciones legislativas a la posibilidad de que una sociedad anónima participe en el capital de otra cuyo objeto sea distinto. (Ver artº 2.361 del Código civil italiano, por ejemplo);

- prohibición de las participaciones recíprocas de capital entre dos sociedades a partir de ciertos porcentajes, basada en la consideración de que se llega a constituir por este camino capitales sociales ficticios, aparte de que los directivos de cada una de las sociedades quedan liberados del control de sus accionistas respectivos; Francia es, desde una Ley de marzo de 1.943, el país más severo en la materia, pues prohíbe que una sociedad anónima posea acciones de otra, si ésta detenta una fracción del capital de la primera superior al 10% (disposición recogida literalmente en el artº 358 de la nueva Ley de 1.966);

- finalmente, todas las normas que reglamentan las operaciones masivas de compra-venta de títulos en Bolsa, en la medida en que dificultan las operaciones de absorción virtual de una sociedad por maniobras especulativas organizadas por sorpresa.

## 15.- Conclusiones.

En resumen, la legislación del liberalismo decimonónico, tan celosa en la destrucción de los gremios y corpo-

---

(177) "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", páginas 43-47.

tucionales contrarios al ideal de libre competencia, no tuvo, en cambio, reparos ni escrúpulos al crear la sociedad anónima. Lo único que pretendía -y consiguió plenamente- era encontrar una fórmula jurídica capaz de acumular y centralizar capitales; nadie se detuvo a pensar que el hallazgo podía ser, a la vez, un mecanismo tentacular y, en ciertos casos, ambiguo y penumbroso de confabulación económica y de mixtificación de la competencia. De ahí el generoso liberalismo de la regulación legislativa en materia de acciones, voto, elección de administradores, cláusulas estatutarias, etc., aparte de la exigencia, más o menos rigurosa, de unos cuantos requisitos formales por parte de los promotores de nuevas sociedades.

Hemos explicado en la sección anterior cómo la legislación del siglo XX ha corregido en gran parte las lagunas jurídicas del ordenamiento decimonónico, si bien los resultados no han respondido siempre a las esperanzas. Se ha comprobado también cómo las reformas actuales tienden a regular con disciplina propia los fenómenos de ayuntamiento de sociedades y de control político de las compañías. Ahora bien la gran tarea del derecho de sociedades en punto a concentración, si gue sin realizar; es la de adoptar en sus reformas venideras la perspectiva del orden público económico, o sea, la defensa de la competencia mercantil combinada a la eficacia técnica, además de su misión orginaria, que es la tutela de intereses privados. Se nos podrá objetar que este propósito excede de la naturaleza y fines propios del Derecho Mercantil entendido al modo clásico, pero podríamos replicar que hoy en día todas las ramas del Derecho privado se "publifican", tiñéndose de un matiz a la vez social y autoritario que no tenían en los Códigos decimonónicos. Si la propiedad, institución cumbre del liberalismo privatista, se define hoy no como "derecho" sagrado del individuo, sino como "fun-

qué no atribuir al derecho mercantil, y sobre todo al de so  
ciedades, la misión adicional de velar por la configuración  
de unas estructuras institucionales lo más adecuadas posible  
al orden público económico? En otras palabras: el derecho  
mercantil podría coadyuvar a la política antitrust dentro  
de su propia esfera.

La prueba del papel, no decisivo, si se quiere,  
pero en todo caso saliente, de la sociedad anónima en el pro  
ceso concentrador la suministran los intentos, fracasados  
hasta ahora por razones políticas, de crear en el seno del  
Mercado Común una "sociedad europea" como figura o molde ins-  
titucional al que se adaptarían progresivamente las compa-  
ñías anónimas de los seis países miembros, y que tendría co-  
mo principal razón de ser, precisamente, facilitar las fu-  
siones e integraciones a escala comunitaria, demasiado es-  
casas y precarias hasta ahora. No cabe duda de que en los  
próximos años tendrán forzosamente que cristalizar los es-  
tudios e informes de derecho comparado que ya se elaboran  
con este fin.

### C A P I T U L O III

=====

#### REGIMEN JURIDICO-PRIVADO DE LAS PRINCIPALES FORMAS ORGANICAS DE CONCENTRACION.-

##### 1.- Introducción.-

Enumeradas las manifestaciones del proceso aglutinador y expuesta a grandes rasgos la influencia del Derecho de sociedades, intentamos explicar ahora las características de las variantes combinativas que hemos calificado ya como ejemplos de concentración stricto sensu, sin perjuicio de añadir consideraciones sobre el grupo de sociedades, que parece flotar como nebulosa en formación dentro de la galaxia de los cuerpos sociales, y que por eso no acaba de cristalizar aún en la pléyade de los ordenamientos positivos. Concretamente estudiemos por orden de menor a mayor intensidad concentradora las figuras siguientes: participaciones, grupos de empresas, fusiones y supuestos afines, por ser las que tienen relativa disciplina en los Códigos de Comercio y en las leyes de Sociedades Mercantiles. Consideramos innecesario dedicar atención especial a fórmulas como los contratos de cesión o dirección de explotaciones, excepto cuando se concierten como vinculación orgánica y total entre dos empresas, como sucede en el konzerno alemán, y tampoco nos detendremos a estudiar las simples transferencias de fábricas, talleres u otros elementos del activo empresarial, porque su régimen jurídico no ofrece, en líneas generales, mayor peculiaridad, amén de que son las fusiones y participaciones entre compañías el objeto preferente de nuestro examen.

##### 2.- Las participaciones de capital.-

Tratenos sucesivamente de las condiciones de validez

a). Condiciones de validez de la participación.

¿Qué clase de sociedades mercantiles tienen opción a participar en el capital de otras? La interrogante se reduce prácticamente a decidir si una sociedad dispone de facultad para ser socio de otra.

La respuesta es afirmativa en la mayoría de los ordenamientos. En principio, los miembros de una compañía pueden ser personas físicas o personas morales. Ahora bien, si por una parte no parece discutible que una sociedad de personas, o sea, una regular colectiva o una comanditaria, forme parte de una sociedad de capitales (prototipo, la sociedad anónima o por acciones), puede no suceder lo mismo en el caso inverso, en el que surge una dificultad derivada de la responsabilidad ilimitada de los miembros del ente personalista por las deudas sociales. El problema es más teórico que efectivo, puesto que si los componentes de la sociedad de capitales sólo responden ilimitadamente, es posible, en cambio, que la sociedad misma responda sin limitación. La respuesta lógica es, por consiguiente, que una sociedad de capitales puede participar en otra de personas, salvo indicación prohibitiva de las leyes.

Algunos ordenamientos europeos constituyen excepción a la tónica permisiva. Por ejemplo, el derecho holandés exige que para tomar parte en un ente social cualquiera se requiere personalidad jurídica de este último, lo cual excluye ipso iure toda participación de entidades accionarias en compañías colectivas y comanditarias, a las cuales no se les reconoce personalidad en los Países Bajos. Por su parte, el derecho belga reserva estrictamente a las personas físicas el acceso a las sociedades de responsabilidad limitada, criterio hasta cierto punto lógico si se considera que estas compañías son como sociedades anónimas "en miniatura". Se admite, en cambio, que una sociedad de personas con responsabilidad limitada for-

me parte de una sociedad anónima o de otro grupo. Algunos - juristas han pretendido demostrar lo contrario, pero predomina el criterio de que el legislador quiso únicamente impedir que las sociedades de familia sirvan de cobertura jurídica a un trust o a una holding y que por eso no ha intentado prohibir a una sociedad de responsabilidad limitada que participe en la formación de otra compañía.

En Italia se admite sin dificultad la participación de una sociedad en una entidad capitalista, sea cuál fuere la naturaleza jurídica de la primera. Se discute, en cambio, la hipótesis inversa. El Tribunal de Casación ha elaborado una jurisprudencia firme y constante en sentido negativo, mientras que varios Tribunales de Apelación y de primera instancia se pronuncian por la afirmativa, así como la mayoría de los autores de hoy (ASCARELLI, BIGIAMI, GRAZIANI, GUERRA, LIBONATI, FERRARA). El interés práctico del tema radica en el supuesto de quiebra de la "participada". Por lo demás, la prohibición no pondría impedimento alguno a la concentración de empresas. Si una sociedad personalista tiene interés en que otra de capitales participe en su seno, le bastará transformarse previamente en sociedad de responsabilidad limitada.

La conclusión general es que las sociedades mercantiles en general, y muy especialmente las de tipo capitalista, tienen un poder de interconexión y penetrabilidad teóricamente ilimitado. Las limitaciones que hemos señalado son excepcionales y en definitiva no afectan al proceso aglutinador de grandes empresas, sino a firmas pequeñas o, a lo sumo, medianas, ya que suelen ser estas últimas, y no las de envergadura, quienes adoptan el molde de la sociedad colectiva o comnditaria o, en su caso, el de sociedad de responsabilidad limitada.

b). Relación entre objeto social y toma de participación.

En cuanto se generalizó el fenómeno, se suscitó una

interesante polémica doctrinal sobre si una sociedad podía participar en otra cuyo objeto o fin estatutario fuese distinto, y por su parte los Tribunales no dejaron de pronunciarse sobre esta faceta del derecho de compañías. En realidad, el problema sólo tiene sentido en función de cierta idea preconcebida. Si se entiende por participación todo acto de adquisición de títulos de otra sociedad por compra o por suscripción, evidentemente cualquier compañía tiene la facultad de poseer una cartera de acciones o partes sociales de otras entidades. Pero si no se trata simplemente de colocar fondos en una compañía para sacar un interés o eventualmente obtener una ganancia especulativa, sino de aportar elementos útiles al funcionamiento de la explotación (por ejemplo, un local de negocio o una patente) o de invertir de modo duradero una cantidad de numerario susceptible de afectar a la estructura de capital de la "participada", la operación desborda el área de una mera inversión financiera, y surge la interrogante acerca de su licitud con arreglo al derecho de sociedades.

Italia ha sido quizá el país donde más se ha debatido el tema. Por más que el legislador haya apuntado la solución prohibiendo "la asunción de participaciones en otras empresas, aunque esté genéricamente prevista en la escritura constitutiva, si por la medida y el objeto de la participación resultare sustancialmente alterado el objeto social establecido por la escritura" (Código civil, artº 2.361), los mercantilistas han replanteado la disputa clásica sobre la significación general del objeto social: ¿limita el objeto social de una compañía su capacidad o, por el contrario, está la sociedad dotada, igual que una persona física, de una capacidad genérica, no supeditada a su fin social? La mayoría de los autores se ha pronunciado por la segunda proposición, arguyendo, a la vista del texto transcrito, que a sensu contrario el legislador declara permisible toda participación que no modifique sustan-

cialmente el objeto del ente.

Un supuesto que ha merecido a los mercantilistas italianos notoria atención es la metamorfosis de la sociedad en holding, figura dentro de la cual las participaciones de control, es decir, las que llevan aparejado el dominio político de la "participada", hacen las veces del activo fabril e industrial de una compañía normal. Son las entidades controladas quienes poseen directamente ese activo. Ha cundido la interrogante de si esa separación institucional de la dirección y gestión financiera y de la explotación industrial o comercial modifica o no el objeto social. La respuesta ha sido, por lo general, negativa, por la consideración de que una compañía que no persiga su finalidad estatutaria directamente, si no a través de otra entidad, no atenta para nada al objeto social. El capital invertido sigue sujeto a los mismos riesgos y contingencias y la dependencia o subordinación de la sociedad industrial respecto a la participante determina que sean los dirigentes de la segunda, o sea, las personas a quienes los accionistas han encomendado los destinos de la explotación fabril, las que tengan el poder de dictar las directrices básicas de ésta, mientras que las compañías filiales o subordinadas asumirán la ejecución material.

También se ha estudiado el problema a propósito del ordenamiento alemán. La antigua Ley de Sociedades por Acciones de 1.937 prescribía que se indicara en los estatutos el objeto de la compañía (artº 16), pero no por eso dejaron los textos fundacionales de la mayoría de las sociedades de configurar el caso con una latitud que la doctrina denunciaba poco menos que unánimemente. La severidad de algunos autores llegó al punto de que, aun tratándose de compañías cuya finalidad específica consistía en la posesión de participaciones de otras entidades, o sea, precisamente, de las sociedades holding, no admitían que el objeto social se definiese sencillamente como "par



RODIERE (178), ya que en puridad la designación del objetivo en los estatutos tiene un significado doble: acreditar ante el Registrador Mercantil que la sociedad se ha constituido con finalidad legal, e indicar el orden y naturaleza de los riesgos que los accionistas se disponen a correr, confiando su capital a la sociedad o que los terceros asumen dándole crédito. Pues bien, quienes confíen su dinero a una holding tienen derecho - a conocer su finalidad específica, la cual consiste en invertir en diferentes ramos, diversidad que justamente protegerá los intereses del grupo contra las vicisitudes a que, como es lógico, estará expuesta toda empresa de actividad muy concreta y delimitada, compensando las eventuales pérdidas en algunos sectores con los beneficios que se obtengan en otras ramas. Es una aplicación elemental de la táctica que los anglosajones describen gráficamente: "no poner todos los huevos en una sola cesta".

La nueva Ley de 1.965 señala (artº 23) entre las ~~men~~ menciones obligatorias de los estatutos "el objeto (den Gegenstand) de la empresa" y añade que "en el caso de empresas industriales y comerciales, se deberá describir nominativamente y - con detalle la clase de productos y mercancías que se vayan a fabricar o traficar." Sin embargo, el texto no impide ni limita, al parecer, la libertad de las sociedades alemanas de participar en el capital de otras compañías, sea cual fuere su finalidad, como se deduce implícitamente del hecho de que los artículos relativos a los diferentes supuestos de participación accionaria, no fijan límite ni requisito alguno en punto a índole del objeto social.

Bélgica es, hoy en día, uno de los raros países (amén de Italia) donde la doctrina entiende que la toma de participa-

---

(178) "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", página 63.

la entidad participante supondría una alteración del objetivo social. Por lo demás, señalemos que en la mayoría de las naciones de ordenamiento de tipo latino, y sobre todo en Francia y en España, las compañías toman la precaución de redactar en términos muy extensos el contenido del objeto social en los estatutos, y en particular, de introducir una cláusula por la cual el nuevo ente tendrá facultad para asumir "participación directa o indirecta de la sociedad en toda clase de operaciones comerciales o individuales que puedan tener relación con el fin de aquélla, por medio de la creación de sociedades nuevas, suscripciones o compra de títulos o derechos sociales, fusiones, alianzas, cuentas en participación o de otro modo" (179). Por lo que se refiere concretamente a España, las compañías incluyen, además, un apartado final en virtud del cual se extiende genéricamente la capacidad del nuevo ente "a todos los actos y negocios que puedan ser objeto de lícito comercio".

La conclusión general es que el derecho de sociedades no suele imponer, al menos por razón del objetivo estatutario, mayores limitaciones a la adquisición de partes del capital de otras compañías; en otras palabras, no pone obstáculos al proceso concentrador por esta vía. En los ordenamientos que, como el italiano y hasta cierto punto el alemán y el belga, adoptan una actitud rigorista en la definición del fin societario, el único efecto es el retraso derivado de la necesidad

---

(179) Por lo que se refiere a Francia, esta práctica es, en gran parte, consecuencia de la única Sentencia dictada en la materia, la del Tribunal de Casación de 30 de abril de 1.913, por la que se confirmaba otra del Tribunal de Argel (16 de febrero de 1.911) que, inspirada en una concepción claramente restrictiva del objeto social, había anulado la fundación de una sociedad en que participaba otra, porque los estatutos de esta última no preveían el supuesto de contribuir a la constitución de otros entes. La Sentencia fue criticada por la doctrina, que vio en ella una aplicación errónea de la idea de capacidad a las personas morales. (Vide MICHEL VAN-HAECKE, "Les groupes de sociétés", núms. 28 y 29.

de convocar una Junta Extraordinaria para modificar previamente los estatutos, con requisitos especiales de quorum y mayoría cualificada, y no deja, por cierto, de ser significativo que precisamente Bélgica, Alemania e Italia <sup>figuren</sup> entre las naciones donde la yedra de las participaciones societarias ha florecido con mayor densidad, a despecho de restricciones legislativas y reticencias doctrinales. Bélgica es, en efecto, el paraíso de las holding financieras y de las conexiones cruzadas o recíprocas entre los grupos (SOFINA, LAMBERT, SIDRO, SOCIETE GENERALE, etc.); la Italia de la postguerra ha organizado su industria, continuando en esto la política del régimen fascista, a base de pirámides de participaciones accionarias en cuya cúspide aparece ora un grupo privado (FIAT, PIRELLI, MARZOTTO) ora una holding paraestatal (el Istituto per la Ricostruzione Industriale -IRI-, o el Ente Nazionale Idrocarburi -ENI-). En Alemania Federal las conexiones de capital son quizá, según los datos oficiales, el factor predominante de agglutinamiento empresarial, amén de los consejeros comunes.

c) Decisión de adquirir participaciones.

En realidad, como observa, entre otros, VANHAECKE (180), "la solución que se haya adoptado acerca de la validez de las participaciones determina la que se deba escoger en cuanto a la competencia del órgano social encargado de adquirir o de enajenar la participación en cuestión". En otras palabras, la cuestión procesal de competencia orgánica está un tanto prejuzgada por el problema sustancial de validez del acto mismo. Normalmente se admite que toda inversión o compra de menor cuantía entra en las funciones ordinarias del administrador. En cambio, la adquisición o venta de participaciones que lleven aparejado el control de la "participada" requiere autorización especial, la cual competirá al Consejo de Administración o a

la Junta misma de Accionistas, según que los estatutos prevean o no la operación. Es más corriente el primer caso, ya que, en principio, las adquisiciones mobiliarias figuran entre las prerrogativas del Consejo de Administración, al cual la Ley atribuye in globo los poderes de gestión. Es casi rutinario que el Presidente o el Consejero-Delegado de grandes compañías informe ex post a la Junta general ordinaria de que la sociedad ha comprado o vendido un paquete importante en la entidad X, práctica que ha sido institucionalizada por algunas leyes recientes, como la francesa de 1.966.(181).

Aun cuando a pesar de exigir los estatutos autorización previa de la Junta de Accionistas o deliberación del Consejo, los administradores hayan tomado participaciones en otra sociedad, siguen siendo los ordenamientos bastante liberales, ya que no por eso es nula la operación (por ejemplo, la Ley alemana de 1.965 se contenta con exigir responsabilidad a esos administradores). Realmente es excepcional el caso de Italia, cuyo Código civil niega a los administradores toda facultad de representación societaria (artos. 2.384 y 2.298) a propósito de actos ajenos al objeto estatutario de la compañía, con la consecuencia lógica de que será nula toda participación adquirida en extralimitación de ese objeto. Sin embargo, la doctrina tiende en los últimos años a impugnar esta conclusión.

### 3.- El problema de las participaciones recíprocas.-

Es un caso particular del fenómeno y reviste importancia determinante como posible medio de refuerzo del control político-financiero entre dos o más compañías.

---

(181) Artículo 356: "Cuando una sociedad haya adquirido, en el curso de un ejercicio determinado, una participación en una sociedad con sede social en el territorio de la República francesa, o adquirido más del capital de esa sociedad, se hará mención de este hecho en el informe que se presente a los socios sobre las operaciones del ejercicio, y, en su caso, en el informe de los Comisarios de Cuentas". (párrafo 1). Ahora bien, el artículo 355 restringe el concepto de "participación" a las comprendidas entre el 10 y el 50% del capital de la entidad - "participada".

Hablan algunos de "participaciones cruzadas" (182) por influencia anglo-sajona (el prefijo cross suele indicar reciprocidad y acción mutua), y se dice que hay participación recíproca o cruzada cuando una sociedad A detenta en su cartera acciones de otra, B, y ésta, a su vez, posee en su cartera acciones de A. Si las participaciones son de envergadura, la operación aboca a que A domine a B absolutamente y B controle a A igualmente. Las participaciones mutuas pueden funcionar triangularmente, caso en el cual la compañía A participará en la constitución del ente B, que, a su vez, toma una participación en la compañía C, quien, por último, participa a A.

Normalmente las mismas personas serán administradoras en las dos o tres sociedades, y en la Junta General de cada una de ellas asistirá e intervendrá como representantes de la otra o de las otras. Cabe, inclusive, que las participaciones cruzadas otorguen a un puñado de hombres el dominio absoluto de dos o más compañías, sin que posean necesariamente la mayoría del capital social; el grupo se hallará a cubierto de toda sorpresa y los nombramientos de puestos directivos en cada una de las entidades se harán virtualmente por cooptación. Es el carrusel napolitano del derecho de sociedades.

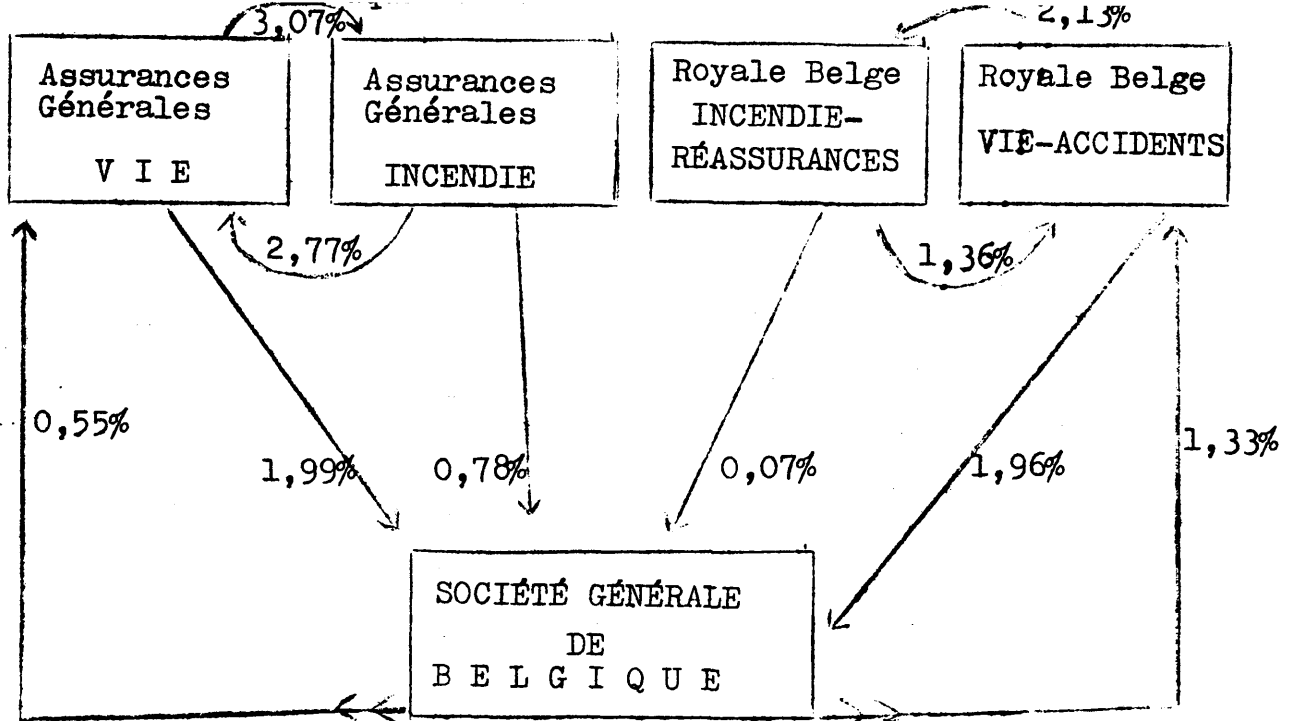
Ejemplo histórico que puede servir de paradigma es la evolución de la Société Générale belga, fundada en 1822 con participación mayoritaria del Rey Guillermo I (183), y desarrollada a partir de la década 1.830-1.840 mediante la técnica de holdings, sub-holdings, participaciones, etc. hasta convertirse en uno de los grupos financieros más vastos y poderosos del Continente, con la característica adicional de una

---

(182) "Morphologie des groupes financiers", Bruselas 1.966, pág. 64. Editado por el C.R.I.S.P. (Centre de recherche et d'Information Socio-Politiques).

(183) Cfr. "Morphologie des groupes financiers", págs. 71 y sigs.

notable estabilidad en su equipo administrador. Aunque en rigor no era necesario, porque disponían de la plena confianza de los accionistas, los directores generales idearon para mayor seguridad y garantía la participación recíproca. Durante treinta años se montó un complicado andamiaje, partiendo de tres compañías financieras fundadas por la propia Société Generale: la Société de Mutualité Industrielle, la Société de Commerce et la Société Nationale, las dos últimas disueltas en 1.848. La Sociedad General era accionista de las tres, y, a la vez, éstas eran los principales accionistas de aquélla. Sus representantes en las Juntas Generales de la Sociedad General eran designados por Consejos de Administración donde era la propia Société Générale quien dictaba su voluntad. La situación se prolongó hasta el siglo XX, si bien con la novedad de que el papel de las tres financieras decimonónicas lo representan ahora otras tantas compañías de seguros: Assurances Générales sur la Vie, Assurances Générales Incendie y Royale Belge, a las que cabría en cierto sentido añadir la compañía aseguradora Les Propriétaires Réunis, con la única salvedad de que la primera no es accionista directa de la Compañía Assurances Générales-Incendie. Hay, ciertamente, otra diferencia, a primera vista, respecto al siglo pasado, y es que las partes sociales en posesión recíproca de las compañías del grupo sólo representan una minoría respecto al total de las acciones y de "las partes de fundador", mientras que hacia 1.840 eran la mayoría. Ahora bien, la enorme dispersión de los títulos en manos del público hace que un porcentaje modesto baste para garantizar la permanencia de la dirección, aparte de que la elevada cotización de las "partes" hace difícil reunir cantidad suficiente para dejar en minoría a los administradores.



Podríamos multiplicar ad nauseam los ejemplos, sobre todo en el campo financiero, pero eso alargaría con más redundancia que necesidad la exposición.

b). Peligros de las participaciones recíprocas.

Muy temprano trató la doctrina mercantilista con suspicacia, cuando no con abierta hostilidad, el uso de los cruces de capital, reprochándole tres inconvenientes fundamentales:

1 - Engendra necesariamente la irrealidad del capital social como cifra de garantía de acreedores. En efecto, si una sociedad, A, suscribe 2 millones de pesetas del capital-acciones emitido por la compa a B y ésta, por su parte, suscribe otros 2 millones del capital emitido por A, resulta que un simple juego de escrituras vendrá a suplantar la entrada de valores reales en los activos de entrambas sociedades, y que las garantías que ofrezcan a sus acreedores serán ilusorias en la medida de esos 4 millones.

Por otra parte, al poseer A dos millones del capital de B y ésta otro tanto de A, se llega a la consecuencia de que A posee indirectamente, en caso de liquidación de B,

una proporción determinada de sus propias acciones, es decir, de esos dos millones de sus propios títulos, que B tiene en su poder. Si el capital de B suma en total 10 millones, la participación de A supondrá, evidentemente, el 20%, y si el capital de A asciende, verbigracia, a 8 millones, la parte de B representará el 25%, lo cual significa que si se liquida la entidad B la compañía A resultará propietaria indirecta del veinte por ciento de la cuarta parte de sus propias acciones (o sea, del 20% del 25%). Mediante el procedimiento de las participaciones cruzadas, dos sociedades podrían, por consiguiente, aumentar indefinidamente su capital y crear continuamente acciones, sin que su activo experimentase el incremento correspondiente, y en el caso límite, si sus activos estuviesen constituidos únicamente por la totalidad de las acciones de la otra, tendrían un valor absolutamente nulo. En principio, la porción de capital no real, no representada por una contrapartida en el activo físico o financiero, se diluirá a compás que aumenta el número de sociedades en presencia, y si aumenta el número de las compañías intermedias, tenderá el porcentaje de auto-posesión a disminuir, pero nuevas combinaciones podrían situarlo de nuevo en un nivel alarmante.

2 - El segundo peligro, muy importante desde el punto de vista de la concentración de poder económico, es el uso del procedimiento por los administradores de las compañías entrelazadas para asegurarse la permanencia indefinida en sus cargos. Es la práctica que los franceses llaman "verrouillage", es decir, cerrojo, y consiste en hacer que la sociedad controlada adquiera la mayoría, o al menos una minoría sustancial, de las acciones de la sociedad dominante. Así, los administradores de ésta tienen virtualmente asegurada su reelección.

3 - Finalmente, se reprocha al cruce de participaciones el vicio de fomentar la "inflación de crédito", en otras



ciones recíprocas como de la acumulación de puestos directivos. De todos modos, la práctica del "verrouillage" determina que "la inflación de crédito" sea más fácil y más frecuente. Las participaciones cruzadas no provocan el fenómeno, pero indirectamente lo agudizan.

4 - A título adicional, cabe distinguir un cuarto peligro, que ya no pertenece al derecho de sociedades propiamente dicho, sino a la estructura general del mercado, concretamente al supuesto de que en virtud de la reciprocidad, dos o más sociedades que ocupen, cada una de ellas, una posición distinguida o sobresaliente en su respectivo sector, contraten entre sí en términos y condiciones que falseen la competencia efectiva y discriminen contra las demás empresas del ramo. Nuevamente observamos que este caso no se da solamente en un marco de participaciones recíprocas; basta con que una de las entidades domine a la otra o, simplemente, con que tenga una participación importante en ella. Ahora bien, igual que a propósito de la inflación de crédito, puntualicemos que el cruce de participaciones intensifica y agrava el fenómeno, precisamente porque dificulta toda reacción o veleidad de independencia. La cadena más dura y difícil de romper no es la que sujeta al preso, sino la que une a dos presos, impidiéndoles el mínimo movimiento autónomo.

c). Ventajas de las participaciones recíprocas.

Se invocan en su favor las necesidades materiales de la vida de los negocios, principalmente que dos sociedades ligadas por un cruce de títulos tendrán cada una especial interés en la buena gestión y prosperidad de la otra, porque se mejen navíos atados con amarras dobles. ¿Qué mejor garantía para asegurar la renovación y permanencia de sus contratos y relaciones comerciales que el desarrollo e incremento de su

Pero el alegato tiene sólo alcance relativo. Cada compañía podrá ciertamente invertir una parte de su cartera en títulos de la otra, pero la proporción de esos títulos no tiene por qué ser considerable, ni está probado que las ventajas de estabilidad y seguridad derivadas del cruce de participaciones no se puedan conseguir por medios más sencillos y menos discutibles, jurídicamente hablando. En definitiva, los inconvenientes gravitan más que las ventajas en el ánimo de la doctrina.

d) La regulación positiva de las participaciones recíprocas.

Como ha demostrado A. PERCEROU, primer mercantilista que se ocupó sistemáticamente de la materia (184), el legislador se encuentra ante diversas posibilidades teóricas e imposibilidades prácticas.

a' - Inevitabilidad de un grado mínimo del fenómeno.

Si se pretende eliminar las participaciones cruzadas, o al menos reducirlas a la mínima expresión, no hay más que una alternativa: prohibirlas in radice o someterlas a rigurosa publicidad.

La prohibición sería eficaz si de verdad cupiese imponerla. Reduciría la irrealidad del capital e impediría prácticas de bloqueo o paso de cerrojo entre los administradores de dos o más entidades. Por el contrario, la publicidad no es un arma directa y su eficacia depende del grado real de participación de los accionistas en la marcha de la compañía. Para que fuese útil, haría falta que las firmas diesen a conocer con todo detalle sus adquisiciones de títulos, así como (184) "Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés anonymes", tesis doctoral, París 1.932. Cit. por VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", passim.

la lista de sus principales partícipes, que los socios dispusieran de medios adecuados (y sobre todo, que los usasen) para obligar a los administradores a reformar la situación de reciprocidad. Ahora bien, por la progresiva pérdida de poderes para los socios, fundamentalmente por su creciente desidia y desinterés, la publicidad no parece una solución. En principio, es preferible el sistema prohibitivo. Sin embargo, tampoco se puede vedar a una sociedad que participe en otra simplemente porque la segunda sea poseedora de una sola acción suya, ni se puede imponer la publicidad total del contenido de la cartera de valores. No hay más remedio que admitir un margen moderado de reciprocidad, y fijar razonablemente el nivel por encima del cual se prohíbe el cruce. Se opta, en resumen, por la prohibición parcial.

b' - Fundamentos teóricos del principio de prohibición.

Una corriente de pensamiento que remonta al período de entreguerras; ha pretendido asentar la interdicción en consideraciones de orden político-económico, concretamente la necesidad de limitar el crecimiento y consolidación de los grupos financieros a expensas del interés común. Así, PERCE-ROU preconizaba que, vista la imposibilidad de una prohibición absoluta, se proscribieran al menos, "las participaciones recíprocas en el seno de los grupos de sociedades", así como "comprar o suscribir acción alguna de otra sociedad colocada bajo la misma influencia dominante."

Como agudamente apunta VANHAECKE (185), este planteamiento fundaba el sistema entero en la noción de control, y era acertado en cuanto tenía en cuenta la frecuencia de las participaciones cruzadas dentro de los grupos de entidades, y se proponía combatir el "verrouillage".

La concepción tuvo a la vez precedente y reflejo po

cuyo artículo 51 prohibía a toda empresa "dependiente" (abhängiges Unternehmen) adquirir acción alguna de la sociedad "dominante". No se sancionaba con nulidad la compra ilegal hecha por la entidad dominada, sino que sólo se prohibía a sus administradores que votasen la Junta General de la dominante. También el Anteproyecto francés de 1.941 adoptó como punto de partida el control, cifrando éste, a diferencia de la Ley de ultra-Rhin, en un porcentaje concreto, el 35% del capital. A partir, pues, del momento en que una sociedad tuviese el 35% de las acciones de otra, ésta no podría comprar títulos representativos de la primera.

El planteamiento ofrece la ventaja indiscutible de que limita en gran parte la práctica del "verrouillage", y de que es aplicable tanto a las participaciones indirectas o mediatas dentro de un grupo o circuito de sociedades, como a las directas entre dos compañías.

Sin embargo, se han apuntado inconvenientes: en primer lugar, la vaguedad e indeterminación del concepto mismo de control, y sus fluctuaciones según las circunstancias (aunque convencionalmente se fije el nivel crítico entre el 30% y el 35% del capital de la "participada"); en segundo lugar, y sobre todo, que cuanto más alto sea el coeficiente tomado como nivel de control, mayor será el grado de irrealidad del capital. Por ejemplo, si dos compañías pueden participar recíprocamente la una en la otra hasta un tope legal del 25%, el grado de irrealidad de cada una será de  $1/4 \times 1/4 = 1/16 = 0,0625$ , o sea, el 6,25%, porcentaje que frisa ya en lo inquietante. Si el nivel máximo de reciprocidad tolerada pasa a ser del 30%, el coeficiente de irrealidad del capital ascenderá al producto de  $1/3 \times 1/3 = 1/9 = 0,1099$ , o sea, 10,9%, casi el doble que en el primer caso. Claro es que en el supuesto de participaciones indirectas, el coeficiente de irrealidad será menor, y que irá

ñas en presencia, pero la reducción sólo dependerá del nivel que alcancen, en cada caso, las participaciones entre las distintas sociedades, y únicamente en la hipótesis de que las conexiones intermedias sean poco elevadas, quedará el grado de irrealidad del capital de la matriz parcialmente poseída por una subfilial contenido en límites tolerables.

Las fisuras y lagunas del sistema han suscitado otro criterio, que ya no se basa en la existencia de relación alguna de control político-financiero, sino directamente en la "irrealidad del capital" resultante del hecho mismo del cruce de participaciones, enfoque que induce a rebajar el tope legal de reciprocidad, para reducir así hasta el límite de lo posible el grado de inautenticidad. Esta es la óptica que parece haber inspirado, por ejemplo, la ley francesa de 4 de marzo de 1.943, cuyo artº 8 estipula que toda sociedad cuyo capital fuese en una fracción igual o superior al 10% propiedad de otra compañía, no podría poseer acción alguna de la última. Las ventajas del sistema eran evidentes: notable reducción del coeficiente de irrealidad, y disminución mayor aún de las posibilidades de verrouillage. Ahora bien, el nuevo planteamiento adolecía de una grave limitación: no se aplicaba más que a las participaciones directas entre dos sociedades, de suerte que la prohibición se podía soslayar con gran facilidad por medio de los circuitos de sociedades. Todas las esperanzas de que un nuevo texto legislativo o la labor interpretativa de la jurisprudencia extendiesen la prohibición a las participaciones indirectas han resultado fallidas. Por otra parte, volviendo al caso de dos sociedades, reconozcamos las dificultades y molestias que podría suponer para los administradores de cada una, a menos que las acciones de una y otra fuesen todas nominativas, la necesidad de indagar en un momento preciso la identidad de los titulares o poseedores para

Cuanto más bajo se fije el tope de irrealidad del capital por la Ley, más engorosa será la aplicación del precepto y la vigilancia de su cumplimiento.

Aleccionada por la experiencia, la doctrina mercantilista tiende hoy a una solución matizada para evitar los inconvenientes de todo un sistema unilateral: adoptar para las participaciones indirectas un tope alto, basado en la noción de control financiero, y mantener, en cambio, un porcentaje mó dico, centrado en la preocupación del "grado de irrealidad", para las participaciones directas (186).

c' - situación actual en el derecho positivo.

La mayoría de los ordenamientos admite, sin mayores restricciones, la técnica de las participaciones cruzadas, y no es probable que la benevolencia se trueque súbitamente en rigor limitativo. De todos modos, es significativo que las reformas recientes del derecho de sociedades en naciones que han servido de inspiración y referencia en esta parcela jurídica, regulen de modo expreso y netamente limitativo el cruce de titularidades accionarias. Nos referimos concretamente a Alemania, Italia y Francia, cuyas soluciones resumimos en los párrafos siguientes.

La nueva Ley francesa de Sociedades Anónimas de 1966 ha reproducido literalmente (artics. 358-359) el régimen de la de 1.943, prohibiendo a toda sociedad por acciones poseer títulos representativos del capital de otra que, a su vez, posea más del 10% de su propio capital, y extiende la prohibición a las sociedades no accionarias entre cuyos partícipes figure una

---

(186) M. VANHAECKE, op. cit., nº 94, pág. 103. Sin embargo, el autor reconoce que la jurisprudencia no ha recogido la sugestión, al menos en Francia. A juicio del autor, habría sido necesario que los Tribunales, inspirándose de una jurisprudencia nacional ya antigua decididamente hostil a la prohibición de compra por una sociedad de sus propias acciones, considerasen como recíproca toda participación asumida por una sociedad controlada en cualquier otra compañía del mismo grupo.

presamente que una entidad no accionaria detente el 10% o menos de las acciones de una sociedad anónima poseedora de fracción igual o inferior al 10% del capital de la primera.

El legislador ha previsto el procedimiento de aplicación del precepto: cuando una compañía por acciones llegue a poseer una fracción superior al 10% del capital de otra sociedad, deberá comunicárselo en un plazo que se fijará por Decreto, y si no hay acuerdo entre ellas, la que detente la porción menos importante del capital de la otra, deberá enajenar lo invertido. Si las inversiones recíprocas son de la misma cuantía, deberá cada sociedad reducir las suyas, de tal modo que no excedan del 10% del capital de la otra. Cuando una sociedad no accionaria llegue a poseer acciones de una compañía que sea propietaria de más del 10% de su capital, deberá enajenar esos títulos en el plazo que se establezca reglamentariamente, y no podrá, además, ejercer los derechos de voto correspondientes a esas acciones. Por fin, cuando una compañía que no sea por acciones llegue a detentar más del 10% de las acciones de una sociedad anónima que, por su parte, posea el 10% o menos del capital de la primera, deberá ser enajenado el excedente en el plazo que se fije por Decreto, y no se podrá ejercer el derecho de voto en la medida correspondiente a ese excedente.

El sistema tiene, desde el punto de vista de la concentración, la ventaja de evitar que una sociedad se alce por sorpresa con el control de otra, pero, en su conjunto, es defectuoso. En primer lugar, supone un incentivo para la compañía cuyo capital esté a punto de ser adquirido en una proporción importante como es el 10%, y más aún si se trata de participaciones mayores, para comprar, a su vez, un paquete suficiente de acciones de la sociedad participante e invertir la situación, maniobra que puede incitar a la segunda so-

mente una carrera de control y no cabría descartar una catástrofe bursátil para ambos rivales. En segundo lugar, la Ley no ha previsto el supuesto de las participaciones recíprocas indirectas, con lo cual ignora uno de los rasgos característicos de la estructura del moderno capitalismo, organizado en grupos más o menos complejos.

A diferencia del ordenamiento francés, centrado en un enfoque contable y privatista, la solución alemana aborda el problema con una óptica, por así decir, estructural, o sea, desde la perspectiva de la integración, extendiendo la regulación al supuesto de participaciones indirectas en el seno de grupos de compañías. En este punto, la nueva Ley de 1.965 si gue fielmente la huella del texto de 1.937, si bien con precisiones nuevas (artº 19), bajo la rúbrica "Empresas mutuamente participantes" (wechselseitig beteiligte Unternehmen), y en los dos siguientes. Se entiende que hay participación recíproca a partir del 25% del capital de cada una de las entidades en presencia, siempre que sean sociedades por acciones o bien sociedades "de derecho minero" (bergrechtliche Gesellschaften). En caso de que una de las dos posea en la otra la mayoría del capital o de que una cualquiera pueda ejercer, mediata o inmediatamente, influencia prevaleciente, la titular de la mayoría o del influjo decisivo será considerada legalmente como "empresa dominante" (herrschendes Unternehmen), y la segunda sociedad será la "empresa dominada" (abhängiges Unternehmen). En el supuesto de que entrambas posean mayoría en la otra o se influyan de modo predominante, serán consideradas como dominantes y dominadas a la vez.

Igual que la Ley de 1.937, la de 1.965 no establece prohibición alguna, visiblemente por el deseo gubernamental de no entorpecer las amalgamas que, precisamente en Alemania, se tejen y entrelazan en gran parte mediante el cruce de partici



oficial sobre la Concentración Económica (187). Se limita a instituir la notificación obligatoria (Mitteilungspflicht) : en cuanto una empresa tenga en su posesión más de la cuarta parte de las acciones de otra sociedad con sede en Alemania, deberá comunicarlo sin demora a la última y lo mismo deberá hacer cuando después de haber poseído esa proporción, su capital se reduzca a menos del 25%.

En Italia rige una reglamentación peculiar, parcialmente inspirada por el derecho alemán. Por una parte, el Código Civil prohíbe a toda sociedad anónima (artº 2.359) invertir, ni siquiera parcialmente, el capital propio en acciones de la sociedad que ejerce el control sobre ella o de otras sociedades controladas por ella (188), precepto manifiestamente influido por la ley germánica de 1.937. Ahora bien, por otra parte prohíbe (artº 2.360) de modo genérico que las sociedades anónimas constituyan o aumenten su capital mediante suscripción recíproca de acciones, ni siquiera por persona interpuesta. La doctrina ha tratado de interpretar limitativamente la interdicción, aduciendo que sólo rige cuando el cruce sea consecuencia de un acuerdo entre las compañías interesadas o haya habido, al menos, conocimiento mutuo de la operación, -circunstancia ésta que debe normalmente darse, ya que el ordenamiento italiano únicamente reconoce las acciones nominativas (salvo en Sicilia y Cerdeña, regiones que disfrutaban de cierta independencia legislativa).

Varios comentaristas han apuntado con razón que no se comprende la razón de ser de la prohibición específica del

---

(187) "Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft", pág. 47.

(188) El párrafo 2 del artº 2.359 aclara que se entiende por sociedad controlada aquella en que otra compañía posea un número tal de acciones que le asegure la mayoría de votos en las Juntas Ordinarias, o bien aquella que en virtud de vínculos contractuales específicos se halle bajo la influencia dominante de otra entidad.

cruce de participaciones entre entidades dominantes y dominadas, si ya se veda la práctica de modo absoluto y radical. Algunos autores han pretendido explicar que el artículo 2.359 obedece probablemente al deseo de evitar que una sociedad esquivе la prohibición legal de comprar sus propias acciones (artº 2.357), o quizás al designio de proteger el capital de la entidad controlada, o tal vez a la intención de preservar cierta libertad del ente dominado para sus inversiones, pero la realidad es que las disposiciones del Código no responden satisfactoriamente a esos fines.

Bélgica es otra nación que, abocada a una reforma profunda de su derecho de sociedades en un plazo más o menos próximo, empieza a expresar síntomas de hostilidad a las participaciones cruzadas, quizá precisamente por haber sido su cuna. El adalid de la campaña es la Comisión Bancaria. El argumento fundamental se condensa en que el cruce de titularidades falsea el juego de la sociedad anónima, especialmente cuando los títulos de la sociedad dominada están dispersos entre el público, supuesto muy frecuente. En este caso, basta una participación módica para el dominio político, y el solo hecho de privar a la filial del derecho de voto en las Juntas Generales de la sociedad matriz no es suficiente para contrarrestar las ventajas de que ésta disfruta. Dicho lo cual, la Comisión no condena taxativamente todas las participaciones recíprocas, pues admite, por ejemplo, que una sociedad posea bonos de disfrute u otros títulos sin derecho a voto de otra que, a su vez, participe del mismo modo en ella, o las participaciones modestas entre compañías pertenecientes a grupos distintos, y por fin, las que representan una inversión de cartera normal.

Los ordenamientos expuestos representan hoy por hoy una minoría. Sólo el futuro nos dirá si el conjunto de los sistemas nacionales seguirá sin regular el fenómeno, o si,

4.- El caso límite de la participación: la sociedad unipersonal.-

La categoría de la acción como título negociable y transmisible a terceros deja la vía expedita al supuesto, bastantes veces realizado, de que una sola persona física llegue a poseer, reuniendo todas las acciones, la integridad de una sociedad anónima. En este punto divergen los ordenamientos positivos: algunos prohíben formalmente la sociedad de una sola persona, decretando su disolución automática para el caso de que se establezca por cierto período; otros, que son, por ahora, la mayoría, la admiten. Teóricamente cabría decir que una legislación desfavorece la tendencia aglutinadora en la medida en que prohíbe las compañías unipersonales, pero sería un planteamiento formalista, pues nada es más fácil que camuflar al individuo tras una pluralidad de testaferros.

Ahora bien, el verdadero interés de la sociedad unipersonal radica en su eficacia como factor aglutinante. Escuchemos a un distinguido mercantilista alemán (189): "Para la práctica de los konzernos (nombre de los grupos de sociedades en Alemania) desempeña la sociedad de un solo hombre (Einmann-gesellschaft) un papel sobresaliente. Aunque las más de las veces baste la posesión de una parte exigua para el señorío completo de una sociedad, los administradores suelen tener gran interés, para evitar disputas con las minorías, en adquirir el capital entero. En muchos konzernos encontramos por este motivo un número mayor o menor de empresas miembros que llevan el carácter de una sociedad unipersonal..... Es más, son imprescindibles en la vida económica de hoy ....., representan un elemento fáctico del konzerno en su forma más consumada".

Los ordenamientos suelen admitir la figura, si bien con matices y reservas derivados de la propia naturaleza societaria del ente. Concretamente no se acepta el supuesto de la compañía unipersonal como estado inicial, ya que toda sociedad, por definición, tiene que ser fundada por una pluralidad de socios, sino sólo como situación incidental.

Los sistemas anglosajones admiten sin mayores dificultades la one-man society. seguramente porque, como observa RIPERT (190), los ordenamientos británico y norteamericano - operan sobre la ficción legal del "patrimonio de afectación", que pugna con el concepto latino de la unidad total del patrimonio. Las naciones de origen británico se acomodan a cierto grado de distinción entre el patrimonio personal del empresario y el de la empresa como establecimiento objetivo. De todas maneras, tanto la Ley de Sociedades británica como las de los diferentes Estados miembros de Norteamérica limitan la validez del supuesto al caso de desaparición de todos los socios menos uno, por reunión de todas las acciones en manos del último, y fijan un lapso determinado para que se restablezca la pluralidad.

La solución alemana es análoga a la anglosajona. Réplica casi literal del régimen establecido en 1.937, la nueva Ley de Sociedades por Acciones de 1.965 exige un mínimo de cinco fundadores (artº 2), pero, una vez constituida la entidad, la eventual transferencia de los títulos a una sola persona no implica en absoluto la disolución de la compañía ni la declaración de nulidad. La Einmanngesellschaft es, pues, viable si bien su régimen jurídico no se basa en los mismos fundamentos que el anglosajón: en Alemania la sociedad unipersonal conserva su rango de persona jurídica, y no es un simple patrimonio especial (Sondervermögen) del propietario de las ac

---

(190) "Traité élémentaire de droit commercial", I, nº 649, página 322, en relación con el nº 361, pág. 176.

ponde de las deudas sociales, y sólo ante los acreedores de la compañía, no frente a los del propietario, salvo en el supuesto excepcional del socio único que se haya servido "de mala fe" de la compañía como marco institucional para cometer abusos.

En Holanda, los comentaristas tienden a reconocer validez a la sociedad en manos de una sola persona, observando que el supuesto no figura entre las causas legales de disolución. Italia también ha aceptado tradicionalmente la figura, hasta el punto de que el Código civil ha dado un paso adelante, admitiendo categóricamente la hipótesis (artº 2.362), si bien declarando ilimitadamente responsable al accionista único por todas las obligaciones de la compañía contraídas durante el período en que los títulos le hayan pertenecido en exclusiva.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951 ha omitido deliberadamente la reunión de todo el capital por acciones en una mano como causa de disolución (artº 150), actitud que la Exposición de Motivos justifica por "... un homenaje a la sinceridad de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio en tre la realidad y el derecho legislado, y la realidad es que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad pueden eludirse, mediante la interposición de verdaderos testaferros, no debe producirse la inmediata disolución, ... por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios". La doctrina ha influido visiblemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 19 de noviembre de 1.955), y por otra parte la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dado acogida favorable (Resolución de 22 de noviembre de 1.957) a la tesis de que la plu-

ción, no lo es una vez en funcionamiento la sociedad .

Técnicamente la solución ha merecido críticas de calificados mercantilistas nacionales (191). En primer lugar, se habría podido abordar explícitamente en los artículos referentes a la disolución de sociedades por acciones. En segundo lugar, el silencio de la parte dispositiva deja subsistir, injustificadamente, una verdadera laguna legal, al no indicarse cuál será el régimen de la vida social durante el período de "anormalidad" unipersonal, ni si deberá cesar o no la actividad ordinaria de la compañía, ni tampoco si el ente se verá incapacitado o no para los actos, numerosos y esenciales, que requieren pluralidad de socios y acuerdo colegiado. En tercer lugar, no se fija plazo alguno para el período de referencia.

Ahora bien, la cuestión reviste significado más que académico sustantivo, ya que se basa en el enfrentamiento de dos tesis, la de quienes (POLO, PUIG BRUTAU) abogan por la institución para todo empresario, incluso el individual, del principio de separación patrimonial entre sus bienes personales y los elementos de la explotación, con el corolario de la limitación de responsabilidad, y la de aquellos otros que, en nombre de la buena fe y seguridad del tráfico mercantil (RUBIO), insisten en que la responsabilidad limitada es privilegio de las sociedades anónimas como tales concentraciones de patrimonios individuales, y que hacerlo extensivo al titular unipersonal implica desdoblar equívocamente en la vida jurídica la personalidad del sujeto, eludiendo así la responsabilidad patrimonial ilimitada del derecho civil. No tenemos por qué pronunciarnos en este debate. Únicamente dejamos constancia de que, con razón o sin ella, el legislador español declara admitir el supuesto de sociedad unipersonal, sin fijar plazo

(191) Cfr. JESUS RUBIO, "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", págs. 429-433.

a cambio responsabilidad ilimitada, como la ley italiana.

No sería justo cerrar esta incursión por el derecho comparado sin señalar una excepción de nota a la tónica permisiva de la mayoría de los ordenamientos. Nos referimos a Francia, cuya legislación ha sido tradicionalmente hostil a la idea de sociedades de una sola persona, desde que la primitiva Ley de Sociedades Anónimas dispuso (artº 38) que los Tribunales podrían declarar, a petición de todo interesado, la disolución de una sociedad anónima transcurrido un año a partir de la fecha en que se hubiese comprobado que el número de socios era inferior al mínimo fundacional de siete. La jurisprudencia fue en todo momento categórica, afirmando la disolución automática ("de plein droit") de toda compañía cuyas acciones llegasen a encontrarse en manos de una sola persona física, y declarando, incluso, que quien había logrado detentar la totalidad de los títulos no podía "resucitar" el ente moral cediendo las acciones. La misma solución adoptó la jurisprudencia belga. Bien es cierto que tanto en Francia como en Bélgica la disposición prohibitiva tuvo escasa eficacia, por la interposición frecuente de "hombres de paja" que detentaban los títulos en nombre propio y por cuenta, en realidad, del socio único.

La nueva Ley francesa de 1.966 ha refrendado virtualmente (artº 240) el régimen anterior (192), con la única novedad de que el Tribunal podrá conceder a la compañía seis meses como máximo para "regularizar" su situación, si bien no especifica en absoluto en qué consiste la "regularización".

Por su parte, el proyecto de Estatuto de Socieda-

(192) Texto del artículo: "El Tribunal de Comercio podrá acordar, a instancia de cualquier interesado, la disolución de la sociedad si el número de accionistas ha quedado reducido a menos de siete desde más de un año.- Podrá conceder a la sociedad un plazo máximo de seis meses para regularizar la situación".

de al supuesto en todo el articulado, de lo cual cabe impli-  
citamente inferir que no se rechaza a priori la hipótesis de  
unipersonalidad. También aquí es de lamentar la ausencia de  
pronunciamiento expreso.

En conclusión, ningún ordenamiento ha osado pro-  
hibir in radice una práctica que supone el summum teórico y  
efectivo de la participación accionaria, el caso límite, co-  
mo diría un matemático, del porcentaje de posesión de un ca-  
pital societario. El propio derecho francés otorga un plazo  
para sanar la anormalidad de la situación, quizá porque el le-  
gislator reconoce íntimamente que no es posible extirpar ex  
lege un supuesto que responde al desarrollo mismo de la vida  
mercantil. En todo caso, habida cuenta de la esencia concen-  
tradora del fenómeno, se impone una regulación realista, y en  
este punto nos aventuramos a sugerir que la solución italiana  
de gravar al socio único con responsabilidad ilimitada puede  
ser una vía prometedora.

Ahora bien, observemos que en las últimas décadas  
la fórmula institucional de la sociedad de un solo socio ha-  
lla aplicación aumentativa en diversos Estados industriales  
como molde orgánico de ciertos servicios públicos nacionali-  
zados y, al mismo tiempo, destinados a operar en lo posible  
dentro del sistema general del mercado. Así, en Francia, la  
Société Nationale des Chemins de Fer, sucesora en exclusiva  
de una pluralidad de compañías ferroviarias privadas; Electri-  
cité de France, Charbonnages de France, y en España, la RENFE,  
son sociedades anónimas cuyas acciones se han atribuido por  
la respectiva Ley creadora al Estado. Asistimos a la apoteo-  
sis de la sociedad unipersonal como forma perfecta del mono-  
polio público, y de la concentración estatal de antiguos ca-  
pitales privados.



He aquí el fenómeno más innovador e interesante de la estructura de los negocios. Es un signo de nuestros tiempos, en que lo asociativo se sublima y refunde en instituciones complejas de trama corporativa o federal. Así como en lo político el Estado nacional está a punto de perder su papel de protagonista para ceder la prioridad a los bloques o alianzas, así en lo económico la sociedad anónima, concreción del capitalismo clásico, queda reducida a comparsa de un grupo de compañías.

a). Presupuestos jurídico-económicos.

Como ha expresado GIRON TENA (193), todo grupo consiste en una serie de empresas "formalmente independientes" sometidas a "una dirección económica única", hasta el punto de que se suele caracterizar al conjunto como "una sola unidad económica". Desarrollando su pensamiento, dice GIRON: "La base... está siempre en que la independencia en que jurídicamente permanecen las empresas del grupo, y al mismo tiempo la pérdida de su autonomía económica, originan el que lleven una administración que obedece a motivaciones y a impulsos externos a cada sociedad-miembro..... Por otra parte, cada empresa ..... tiene un patrimonio, pero este patrimonio está sometido al señorío de la dirección única, y por tanto puede pasar de unas a otras empresas del grupo, con el consiguiente riesgo. De ahí los problemas de responsabilidad frente a terceros acreedores, ya que éstos aparecen sólo como tales frente a una sociedad y no frente al grupo, y los de socios externos, es decir, de una sociedad, pero no de las personas o de la sociedad que ejerce el único poder. Más generalmente ....., las relaciones jurídicas de crédito y de deuda y, sencillamente, las patrimoniales de

mas de coordinación con el conjunto, problemas de Balance de grupo, de muy grave interés. Por todo esto, ha sido un viejo tema de preocupación constante para la doctrina y el Derecho de los más importantes países, el de saber en qué manera puede institucionalizarse jurídicamente una figura que dé unidad al grupo y el alcance que a esta unidad haya de dársele, porque la dificultad está en que ha de encontrarse una unidad de coordinación y no una fusión."

Los factores económicos han sido la incesante innovación tecnológica que acarrea el incremento de la capacidad fabril hasta volúmenes inasequibles a una compañía aislada, por fuerte que sea; la multiplicación ad infinitum de los productos y servicios, así como de las posibilidades de sustitución o complemento entre ellos, como factor que invita a las grandes empresas a diversificarse; la aparición de nuevas fuentes energéticas cuyo coste sólo puede ser abordado por un complejo interempresarial y la eclosión de los contactos internacionales, al socaire del progreso de los medios de comunicación de masas, del internacionalismo ideológico y social de nuestro siglo, del desarrollo del transporte. Así estalla el marco de la sociedad accionaria decimonónica, la "sociedad anónima de papá", como habría dicho un desaparecido estadista francés enamorado de la imagen retórica y de la actitud olímpica. Añadamos que la investigación científica y la amplitud de la crisis económica, imponen la cooperación entre los agentes punteros del desarrollo industrial y financiero.

b). Intentos de definición.

El fenómeno es una nebulosa, una galaxia jurídico-económica en pleno devenir, ayuna, como tal, de perfiles netos, y en la que el vocablo definición (del latín definire, limitar, deslindar) parece quedar fuera de juego. Sin embargo ha sido y es cada vez más preocupación constante de la

table. Brevemente he aquí las tentativas más atrayentes. Según decía PERCEROU (194): "Se puede indicar que hay agrupación de sociedades (groupement de sociétés) cuantas veces se encuentren reunidas bajo una misma influencia dominante, ..... cuyos dueños comunes tienen en muchos casos asegurado su dominio por participaciones de una o varias de las sociedades en el capital de una u otras".

La descripción tiene el mérito de captar desde el principio los dos rasgos fundamentales del grupo, a saber, pluralidad de sociedades jurídicamente distintas y ausencia práctica, virtual, de voluntad propia en cada una de ellas por su misión efectiva a una dirección económica común. Las entidades componentes son protocolariamente soberanas, como puede serlo una nación satélite de una gran potencia en el orden político, pero mercantil y económicamente dependientes.

Otro aspecto positivo del concepto es que el autor añadía, a renglón seguido: "Cabe considerar las relaciones entre filiales y matrices como caso particular de las relaciones entre sociedades de un mismo grupo", integrando así en el estudio orgánico de la figura general un fenómeno que hasta entonces se había estudiado a título anecdótico y con una óptica casuística, sin visión de conjunto.

Ahora bien, el planteamiento se presta al reproche de que induce a una perspectiva tal vez estrecha y formalista, ya que parece centrar el grupo societario en las relaciones de posesión de capital entre compañías, y si bien es verdad que implícitamente admite la posibilidad de otros medios o vínculos, no por eso deja de insinuar la sospecha de que, en definitiva, el grupo de sociedades es un mecanismo de participaciones accionarias.

---

(194) "Lois actuelles et projets en matière de sociétés par actions", París, 1.932 (tesis doctoral), citado por M. VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", passim.

En realidad, la postura es perfectamente explicable: todavía hoy la variedad más conocida del grupo de sociedades es la holding anglosajona, que, como especificaremos, consiste, por definición, en la asunción por una compañía de participaciones accionarias de otra en medida suficiente para ejercer el dominio sobre ellas y someterlas a un plan único de producción y comercio.

Sin embargo, la experiencia de todas las economías capitalistas demuestra que la participación accionaria no es el único instrumento. Existe, verbigracia, la posibilidad de administradores o consejeros comunes sin participaciones de capital o con participaciones exiguas, que por sí solas no serían capaces de asentar una política de dominio estratégico de la sociedad. Es, asimismo frecuente que la adquisición de un paquete de acciones de una sociedad por otra sea posterior y consecuente a la designación por la primera de un administrador o directivo que tenía vínculos estrechos con la segunda. Un tercer supuesto, es el pacto o convenio por el que una o varias entidades se obligan frente a otra a transmitirle sus resultados económicos, ora prósperos ora adversos, o a cederle en arriendo la explotación del negocio. Se trata de auténticos contratos que en ciertas naciones como Alemania han florecido hasta el punto de haber inducido al legislador a elaborar para ellos toda una disciplina especial. Precisamente la doctrina y el ordenamiento positivo germanos han desarrollado una sugestiva noción jurídico-económica, el konzerno (Konzern), que, por una parte, abarca el supuesto convencional de una pluralidad de sociedades conectadas por participaciones de capital más o menos intensas, y por otra, diversos supuestos de contratos o pactos de dominio o gestión económica, denominados "contratos de empresa", con independencia de que existan o no vínculos accionarios entre las entidades concertadas. La única nota esencial de la noción es que las empresas están regi-

Como consecuencia de la fecundidad del pensamiento jurídico germano, el primero "que se ha planteado deliberadamente el propósito de llegar al final a establecer un Derecho de grupos de sociedades..." (195), todos los ensayos actuales de construcción doctrinal sobre el espacioso solar de los grupos de empresas contienen una referencia poco menos que obligada a la cuestión de si konzerno es sinónimo de grupo, o sólo una variedad del segundo, o noción afín, pero no equiparable. Las opiniones se diversifican hasta la disparidad diametral. Así, algunos (CHAMPAUD, VANHAECKE) creen que la noción es más amplia que la de grupo de sociedades, en primer lugar, porque se basa en la empresa y no estrictamente en la compañía mercantil; en segundo término, porque, como se ha expuesto, no se agota en la hipótesis de participaciones accionarias de control, sino que se extiende a los medios contractuales de dominio; y por último, porque la figura carece de forma jurídica propia y definida, hasta el punto de que podría englobar sin violencia cualquier supuesto de concierto (entente) entre empresas. Otros, en las antípodas de la posición anterior (RODIERE), contraponen, a un lado, "el grupo", y a otro, "la participación financiera", señalando como variedad característica del primero la figura del konzerno, cuya esencia cifran en "un acuerdo contractual".

Aun sin ánimo de profundizar, apuntemos que las dos versiones pecan de formalismo y estrechez. No hay por qué reducir el grupo a los fenómenos de interconexión accionaria ni, mucho menos, basar la noción exclusivamente en nexos contractuales, tanto más cuanto que, como todos reconocen, contrato y participación se emparejan a menudo. La participación provocará tarde o temprano la conclusión de un contrato, para determinar con exactitud las relaciones entre los miembros del

---

(195) G I R O N T E N A, op. cit., páginas 125-131.

grupo. En cambio, un contrato por sí solo no suele ser suficiente, por lo que las partes procuran vincularse estrechamente a largo plazo mediante participaciones de capital como garantía del derecho de voz y voto en las Juntas Generales de la participada (o de las participadas), incluso recurriendo a las participaciones cruzadas si su ordenamiento nacional se lo permite.

En todo caso, la tendencia actual apunta a una concepción amplia, que incluye tanto la hipótesis de participación de capital como la de consejeros o administradores comunes o la del pacto o convenio de subordinación. Buen ejemplo es el proyecto SANDERS de Estatuto de Sociedad Anónima Europea, que caracteriza (artº VII) como grupo el conjunto formado por una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes, siempre que una y otra (u otras) estén sometidas a dirección económica unitaria, lo cual recoge, casi al pie de la letra, el concepto alemán de konzerno, estableciendo, además, la presunción de sociedad dominante cuando se dé una de estas cuatro circunstancias: a) que la entidad disponga, por lo menos, de la mitad de los derechos de voto en la otra compañía (o las demás); b) pueda nombrar la mitad de los miembros del Consejo de Vigilancia o del órgano que asume legalmente la representación de la otra (o de las otras) entidad; c) pueda ejercer, por contrato expreso, un influjo preponderante sobre la gestión de la segunda sociedad (o de las sociedades); o d) ejerza de hecho influjo preponderante, directo o indirecto, sobre la gestión de la compañía (o compañías) dependiente. Señalemos, por último, que el proyecto emplea la palabra konzern como sinónima de grupo: es la consagración del derecho germano como exponente de este nuevo sector del ordenamiento mercantil.

Es de justicia apuntar que la posición global y conciliadora que acabamos de exponer, es también la adoptada por - -

GIRON TENA, URIA, etc.), que no suelen discriminar grupo y participación, antes bien engloban a veces en el concepto de grupo una serie de figuras que, en cambio, no parecen contener todos los rasgos propios de la noción en su sentido estricto (196).

Ahora bien, al cabo de esta exposición, cabría preguntarse con impaciencia en qué consiste el grupo de empresas o, si se quiere, de sociedades, sobre la base sobreentendida de que se trata generalmente de sociedades anónimas. Por vía de inducción a partir de diversos ordenamientos nacionales y proyectos legislativos, proponemos la siguiente descripción (ya que no definición stricto sensu): el conjunto formado por dos o más compañías mercantiles que, in perjuicio de conservar personalidad jurídica independiente, están de hecho privadas de soberanía decisoria por su sometimiento a una dirección económica común, bien la de una de ellas (sociedad dominante), bien la de una persona o minoría de personas, ora mediante participaciones preponderantes en su propio capital, ora a través de consejeros o administradores comunes, ora en virtud de contratos expresos de sujeción o subordinación.

c). Clases de grupos.

Los intentos de encuadramiento sinóptico o de sistematización por categorías son casi tan diversos como las posturas o concepciones formuladas sobre la naturaleza misma de la figura. Desde el punto de vista jurídico, la división más lógica y sencilla, al margen de un fatigoso análisis de todas

---

(196) Así, GIRON TENA ("Las grandes empresas") distingue en el grupo dos modalidades fundamentales; por un lado, el contrato de dominio o sometimiento, por otro, la participación financiera, y añade la comunidad de intereses del derecho germánico (Interessengemeinschaft), inclusión discutible porque la relación que enlaza a sus miembros es de simple coordinación, nunca de subordinación a una dirección única.

1) Grupos basados en participaciones accionarias, que siguen siendo los más numerosos e importantes; sus dos variedades esenciales son el binomio sociedad-matriz-sociedad filial y, sobre todo, la compañía holding;

2) Grupos basados en vínculos contractuales ad hoc, en el sentido de transferencia expresamente pactada de la gestión o explotación de una sociedad en favor de otra, o de transmisión de resultados, o de reconocimiento del dominio o soberanía de la segunda;

3) Grupos personales, basados en la comunidad de consejeros o administradores.

Para el primer miembro de la trilogía, sugerimos una subclasificación según la forma y estructura de la red de participaciones (197), distinguiendo los grupos de participación radial, los de participación piramidal y los de participación circular.

Las participaciones radiales son las de contextura más sencilla. La sociedad matriz o dominante irradia separadamente a cada filial, con lo que las filiales o dependientes no están directamente enlazadas entre sí. Esta constitución responde a menudo al momento inicial. Es raro que los grupos importantes y antiguos mantengan esta configuración, ya que, al extender sus negocios, complican sus conexiones. En nuestro país la fisonomía de los grupos formados alrededor de los grandes bancos adopta el esquema radial, si bien la presencia simultánea de numerosos consejeros en diversas filiales del mismo complejo enturbia la pureza de la estructura. Por lo demás, determinados sectores económicos parecen haber hallado en la disposición radial su forma perfecta o, al menos, la más cómoda: por ejemplo, los grandes almacenes.

El sistema no carece de inconvenientes. Por una par-

---

(197) "Le pouvoir de concentration de la société par actions", páginas 213-219.

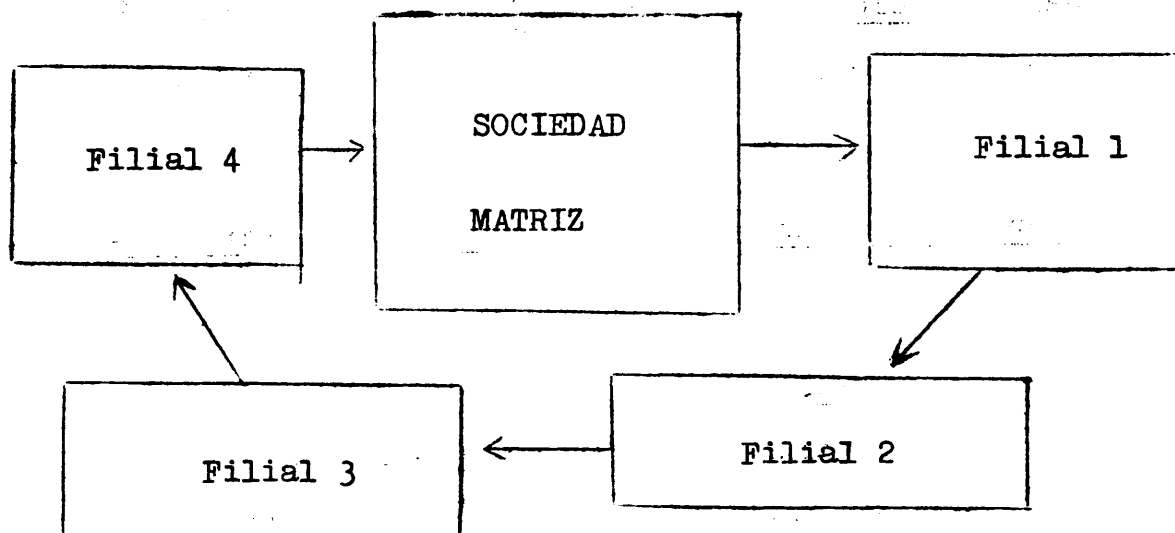


se tiende a transformar la matriz en sociedad de cartera, lo cual implica que la matriz termina añadiendo a su actividad industrial una misión típica de holding financiera. La gestión adolece así de complejidad. Pero lo más grave es que el sistema exige a la compañía dominante un considerable esfuerzo financiero, representado por sus múltiples participaciones en el capital de las dominadas.

La estructura piramidal, también llamada "en cadena" o "en cascada", tiende a evitar, al menos a paliar, los defectos de la radial. Consiste, como su mismo nombre indica, en una escalera de "relevos" o enlaces constituida por una sociedad de cabecera que posea la mayoría o parte muy sustancial del capital de dos o más compañías que, a su vez, asumen el control de otras compañías, y así sucesivamente, de tal modo que la matriz puede abarcar un vastísimo imperio industrial o financiero sin necesidad de poseer la mitad, ni siquiera fracción dominante, de cada una de las numerosas entidades del grupo. La técnica tiene varias ventajas. Primeramente, distribuye el esfuerzo financiero sobre un número mayor de patrimonios sociales y, al mismo tiempo, evita entre las sociedades transferencias de beneficios susceptibles de gravamen fiscal. Además, cada compañía puede conservar, sin demasiada dificultad, cierta autonomía de explotación.

Ahora bien, las estructuras radiales y piramidales son, ante todo, "construcciones teóricas" (CHAMPAUD). Es raro que un complejo industrial ofrezca en la vida real esa pureza o tipicidad de rasgos. En la mayoría de los casos se mezclan entrambas categorías. La variedad de combinaciones es infinita, pero una ha cobrado suficiente relieve para ser elevada al rango de estructura típica: es el grupo de participaciones circulares. Radica en que, además de las participaciones de la matriz en las filiales, cada una de éstas tiene participación, ya en otra, ya en las demás. Las ventajas son cla

ras, e idénticas por cierto, a las derivadas de las participaciones recíprocas. En primer término, es mucho menor la participación necesaria a la sociedad-madre para dominar cada una de sus filiales. En el caso, inclusive, de que las participaciones queden establecidas de forma perfectamente circular, la aportación financiera de la matriz podría ser puramente ficticia. Se comprueba la eventualidad en el esquema siguiente (las participaciones van en el sentido de las flechas):



Este sistema, en el que la matriz recupera, en definitiva, los fondos que ha invertido inicialmente, haciendo que la última de las filiales tome una participación en su propio capital, indica claramente (CHAMPAUD), concretando a tenor de lo expuesto a propósito de las participaciones cruzadas, el peligro de la irre realidad de una parte del capital social de la matriz y los demás miembros, o algunos de ellos. Es por esta razón por lo que las participaciones circulares son muy rara vez tan espectaculares en grupos industriales o financieros, cuya multiplicidad de sociedades permite combinaciones más ingeniosas.

Subdividido el primer miembro, cabría, en principio, acometer la partición del segundo, es decir, de los grupos contractuales, que en realidad se puede hacer mejor en un apartado especial para los konzernos, por ser en Alemania donde más ha florecido la figura. En cuanto a las uniones personales, ca-

tanto más cuanto que raras veces presentan rasgos puros, pues van mezclados, casi siempre, con fenómenos de participación accionaria.

Antes de plantear de modo general los problemas jurídicos que suscita todo grupo de sociedades, no sería inconveniente pararse a estudiar con algún detalle las dos variantes más difundidas (el holding y el konzerno), que son las que más han contribuido a crear en la doctrina y la jurisprudencia la conciencia de que se impone una regulación especial.

#### 6.- Examen especial de las sociedades "holding" (Holding companies).

##### a). Su importancia.

Pocas instituciones tienen nombre tan plástico y expresivo como esta criatura del derecho anglosajón, concretamente de la Ley del Estado de Pennsylvania sobre Sociedades Mercantiles (1.887), que autorizó a las compañías accionarias a poseer sistemáticamente y en gran escala una cartera de valores de otras sociedades, es decir, a "tener en mano" (to hold) acciones representativas del capital de otras entidades. Raras construcciones habrán surgido en enlace tan íntimo con el proceso de concentración, ya que la holding fue en sus primeros años el subterfugio jurídico utilizado por los trusts que los Tribunales disolvían a partir de 1.890 en virtud de la Ley SHERMAN.

Ultimamente la figura aparece como instrumento predilecto de la política del Estado en sectores claves de la economía, para forzar la unidad de conducta entre empresas privadas reacias a toda disciplina común. En puridad, el IRI y el ENI italianos y el INI español, no son más que gigantescas holdings paraestatales, y la propia Norteamérica, recelosa de la empresa pública, tuvo que dictar antes ya de la Segunda

fin de reorganizar ciertos tipos de servicios públicos (abastecimientos de aguas, etc.)

En el ámbito privado los protagonistas del capitalismo "de gran altura" son casi siempre sociedades de sociedades, compañías cuyo objeto y razón de ser consiste en detentar el capital de cientos o miles de entidades que asumen las tareas productivas, comerciales, investigadoras, publicitarias, en régimen de especialización: así, AMERICAN TELEPHONE CO., UNILEVER, GENERAL MOTORS, LITTON, CHRYSLER, ITT STANDARD, A.E.G., GENERAL ELECTRIC, IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES, BRITISH MOTOR-LEYLAND, FIAT, PECHINEY-SAINT GOBAIN, etc.

b). Concepto.

Como pórtico a la definición, valga una sugestiva y sintética elocución de H. RASCH (198): "..... hay empresas cuyo objeto exclusivo o preponderante consiste en la adquisición y administración de participaciones. Aquí la participación no es sólo un medio entre varios para el fomento de los intereses productivos, comerciales o financieros de una empresa, sino que se convierte en finalidad primordial de una compañía, si bien en determinadas circunstancias dentro de un marco mayor. En el balance de la compañía las participaciones ya no se indican junto a otras partidas mayores del patrimonio fijo y circulante, sino que representan el activo más importante de la entidad". En otras palabras, holding es la entidad que, por definición y esencia, participa ante todo en otras sociedades, unas veces ejerciendo al mismo tiempo actividad industrial o comercial, otras no ejerciendo explotación alguna.

Las definiciones son relativamente numerosas y con-

"Una compañía cuyo objeto principal es adquirir en otras sociedades las acciones susceptibles de conferirle la mayoría y el poder necesarios para dominar la gestión de las otras, y formar así a fines prácticos, una vasta organización densamente tramada, .....,"concepto que, rezumante de pragmatismo anglosajón, se ha impuesto en lo esencial por doquier. Así, FEDERICO PEPE (200): "Entendemos por holding una empresa que participa en el capital social de otras en medida suficiente para asegurarse su control", añadiendo que "el control es el objetivo característico de la holding".

Son aún escasas, sin embargo, las legislaciones que reglamentan específicamente la figura. Suiza y Luxemburgo disponen de sendas leyes especiales y asimismo hay una referencia concreta en la Ley inglesa de Sociedades Mercantiles de 1.948, que formula (artº 154) la noción más sobria y más gráfica a la vez: "Toda sociedad que posea más del capital accionario (equity shares capital) de otras sociedades, o que controle la composición del Consejo de Administración." En cambio, la Ley específica luxemburguesa (31 de julio de 1.929), sobre régimen fiscal de las Sociedades de Participaciones Financieras, sienta un concepto peculiar y algo restrictivo (artº 1º, párrafo 1): "Será considerada como sociedad holding toda sociedad luxemburguesa que tenga por objeto exclusivo la adquisición de participaciones, bajo la forma que sea, en otras empresas luxemburguesas o extranjeras, y la gestión, así como la "puesta en renta", de esas participaciones, de tal manera que no tenga actividad industrial propia ni establecimiento comercial abierto al público". Deliberadamente se inspira la disposición, por razones de tipo fiscal, en un criterio restrictivo,

---

(199) "Holding Companies", Londres, 1927, Edit. Sir Isaac and Sons Ltd. Citado por VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", página 51, nota 61.

(200) "Holdings, gruppi e bilanci consolidati", págs. 39 y sigs.

según el cual la holding es única y exclusivamente entidad gestora y financiera.

Ahora bien, la realidad nos enseña que son cada vez más frecuentes los casos en que una "sociedad de sociedades" desenvuelve, al mismo tiempo, una parte considerable de la actividad industrial o comercial del grupo. De ahí el distingo entre holdings puras, las que sólo gestionan carteras de valores, y holding impuras, que cohonestan la administración financiera y una labor productiva material.

c) La dualidad del fenómeno.

Se reconoce ya unánimemente la dicotomía fundamental de la figura, y en este punto tiene valor general la división de F. PEPE en puras y mixtas (201), también llamadas respectivamente financieras e industriales. Como observa el autor, las diferencias, en realidad de simple forma, se reflejan en la estructura del balance. La holding pura tiene en su estado patrimonial un activo constituido, fundamentalmente, por participaciones en las sociedades controladas y créditos frente a ellas, así como por anticipos que les ha hecho de capital, mientras que en las cuentas de explotación, frente a los gastos generales y las cargas fiscales y financieras por intereses pasivos, figurarán dividendos, intereses activos y diversas previsiones. En la variante mixta las cuentas de explotación se caracterizan no sólo por los renglones típicos ya citados, sino también por las partidas propias de todo negocio industrial, mientras que en el estado de patrimonio se reflejarán en el activo las anotaciones contables de participación y créditos respecto a las entidades controladas, y también las referentes a instalaciones, remanentes de mercancías, productos terminados y productos en proceso de fabricación.

---

(201) "Holdings", gruppi e bilanci consolidati", pág. 44-47.

entre ambos tipos es sólo de forma, y que, a lo sumo, hay una diferencia de índole práctica (PEPE), concretamente que en la variedad pura es más frecuente un cierto grado de descentralización, mientras que la mixta tiende en general a la centralización, lo cual se debe a la propia actividad industrial de la sociedad rectora, en la que de algún modo tienen que integrarse las actividades colaterales de las compañías controladas.

d). Clasificación. Alusión especial a la distinción entre holdings y sociedades de inversión financiera.

Se han formulado divisiones funcionales y descriptivas de algún relieve, como la de HAUSMANN que, partiendo de lo que llama "Compañía holding en sentido amplio" (202), enumera:

1) Sociedad de administración de participaciones sociales (holding en sentido estricto). Es la que hemos llamado holding pura.

2) Holding de control, lo que comúnmente se conoce como cabeza de grupo.

3) Holding de administración o, más propiamente, sociedad de inversión (investment trust), en la terminología anglosajona; société de placement o fonds de placement, en Francia; y Kapitalanlagegesellschaft, en Alemania), y

4) Holdings con funciones fiduciarias especiales, tipo que se da a menudo en el ordenamiento germánico, pero no en todos los sistemas restantes de Europa.

No vale la pena enumerar una sobre otra clasificaciones que sustancialmente coinciden. Sólo merece aclaración, para determinar correctamente el área de nuestro estudio, el hecho de que las entidades de pura inversión mobiliaria no se in-  
(202) "Holdinggesellschaften, Investment-Trusts und verwandte Gebilde", págs. 389 y sigs. Citado por BERARDINO LIBONATI, "Holding e Investment Trust", páginas 20-21. Milán, - 1959, Edit. Giuffré.

cluyan normalmente en la tipología de la concentración stricto sensu, porque responden a un designio simplemente lucrativo, radicalmente distinto del que anima a la holding de control, que se propone el dominio de un complejo. De ahí que todos los estudios, o poco menos, sobre grupos o acerca de la holding (LIBONATI, VANHAECKE, CHAMPAUD, PEPE, etc.) se refieran a la distinción entre los dos fenómenos.

Punto obligado de partida es la noción de "sociedad financiera" (VANHAECKE, PEPE), que engloba todas las sociedades cuyo objeto consista en participar de una manera u otra en el nacimiento o en la vida de otras compañías. Algunas se reducen a la preparación de los actos fundacionales de una entidad determinada de gran envergadura financiera o de especial complejidad técnica, y desaparecen una vez constituida la entidad. Son las llamadas sociedades de estudios. Ahora bien, la inmensa mayoría de las compañías financieras tienen como rasgo característico la "naturaleza exclusiva de la actividad de participación que desarrollan" (PEPE). En otras palabras, se dedican únicamente a tener en cartera y gestionar los títulos de otras sociedades. La mejor definición, por lo menos la más precisa, a costa de cierta prolijidad, es la de ARGENZIANO (203): "La empresa que reúne predominantemente su capital de explotación mediante la emisión de acciones, obligaciones y operaciones de crédito a largo plazo, y que sólo accesoriamente negocia por necesidades transitorias operaciones de crédito a corto plazo, para invertir los capitales así reunidos en la adquisición de participaciones accionarias y en la concesión, en proporción preponderante, cuando no exclusiva, a las empresas en cuyo capital participa".

El concepto transcrito excluye ipso facto o, mejor

---

(203). "Il finanziamento delle imprese industriali", pág. 392, Milán, 1.963 (GIUFFRÉ), cit. por F. PEPE, "Holdings", gruppi e bilanci consolidati", pág. 59.



ding mixtas (o impuras). Queda, en cambio, incluida la holding pura, junto a otras entidades que formalmente ofrecen idéntica o análoga estructura, pero divergentes de la primera por su objeto material. Las categorías básicas de la sociedad financiera se resumen así: holding pura, sociedad de inversión y banco de negocios (204). Aunque no se trate de figura propiamente societaria, citemos también el fondo de inversión como fórmula de reunión de capitales mediante la adquisición sistemática de paquetes accionarios.

Las sociedades de inversión mobiliaria, también llamadas de colocación (en Francia, sociétés de placement o sociétés d'investissement; en Italia, società d'investimento; en Alemania, Kapitalanlagegesellschaften, y en los Estados Unidos y Gran Bretaña Investment Companies) son definibles, siguiendo a J.P. SENN (205), como "organismos financieros que, por medio de la emisión de sus propios títulos, concentran los capitales de numerosas personas con objeto de garantizarles en condiciones financieras y técnicas superiores a las de una gestión directa, la seguridad y el rendimiento por el empleo en valores mobiliarios según una política de división y limitación de riesgos, excluyente de toda especulación, financiación y control de empresas". Normalmente son objeto de leyes especiales que cuidan de especificar su papel de vehículos de canalización bursátil para los inversores modestos, y que suelen prohibirles que inviertan más de cierta proporción de sus activos en otra sociedad o que posean más de un porcentaje determinado del capital de una sola entidad. En España los topes legales son, respectivamente, el 25% y el 20% (206); en

---

(204) F. PEPE, "Holdings", gruppi e bilanci consolidati, pág. 61.

(205) "Les sociétés d'investissement en droit français et en droit comparé", tesis doctoral, Nancy, 1956, pág. 3, citado por M. VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", página 44.

(206) Ley de 26 de diciembre de 1.958, artº 3º, párrafo 6. El artº 1º establece que estas sociedades deberán desarrollar su objeto "sin participación mayoritaria económica o política en otras sociedades".

Francia, el 5% y el 10%. El veto directo del control se refuerza indirectamente por otras prohibiciones legales inspiradas en consideraciones de equilibrio financiero; concretamente las de emitir obligaciones y, sobre todo, acciones preferentes o prioritarias, siendo así que unas y otras son abundantemente utilizadas por las sociedades de control (por ejemplo, la Ley española de 26 de diciembre de 1.958 establece estas limitaciones en su artículo 4º, párrafos 4 y 7, respectivamente).

Los bancos industriales o de negocios (en Francia, banques d'affaires, etc.) se pueden caracterizar, de acuerdo con ARGENZIANO, como "aquella(s) empresa(s) que por medio principalmente de la adquisición de participaciones accionarias, pero también mediante operaciones de crédito, financia(s) empresas industriales, comerciales o de servicios para obtener réditos, además de los consistentes en dividendos e intereses, incluso por medio del aumento de valor de las participaciones adquiridas, que podrá (n) enajenar total o parcialmente a más o menos largo plazo". En todo caso, las definiciones legales subrayan como rasgo primordial la adquisición y gestión de participaciones accionarias de otras compañías. En este punto la realidad es compleja y sin perfiles definidos, ya que unas veces los bancos venden los títulos de las nuevas compañías industriales que han contribuido a lanzar, pero, a menudo, conservan indefinidamente esos títulos en cartera, prevaleciéndose de ellos para intervenir directamente en la gestión de los asuntos de las entidades "participadas". De ahí que diversos ordenamientos, entre ellos el español (207), prohiban a estos bancos invertir en una sola empresa o concederle

---

(207) Artº 7º, párrafo 3, del D.L. 53/62, de 29 de noviembre (B.O.E. 30.11.62), sobre creación de nuevos bancos industriales y de negocios: "No podrán los bancos industriales o de negocios invertir en una sola empresa o concederle créditos por cifra superior en conjunto al porcentaje de sus recursos totales que señale el Ministerio de Hacienda. En tanto no se disponga por éste otra cosa, el porcentaje máximo será del 10 por 100".

sus recursos totales, sin duda para evitar que se alcen con el dominio virtual de las compañías en que participan.

El Fondo de Inversión (en Estados Unidos, Unit Investment Trust y Mutual Trust; en Gran Bretaña, Unit Trust; en Francia, Fonds commun de placement; en Bélgica, Depôt collectif; en Alemania, Investmentfonds, etc.) constituye, a diferencia de las sociedades de inversión, una fórmula que no se inspira siquiera en el molde o marco societario, sino en una institución fiduciaria y puramente contractual, que es la original figura del trust anglosajón, trasplantada del derecho privado al ámbito financiero con una serie de matices que no es necesario analizar aquí. La fórmula ha encontrado numerosísimas aplicaciones en Gran Bretaña, de donde es originaria, y sobre todo en los Estados Unidos; de allende el Atlántico ha saltado al Continente Europeo tras la Segunda Guerra Mundial, con éxito aumentativo, hasta el punto de que tiende ya a ocupar rango prioritario en las inclinaciones del público, sobre todo de los inversores modestos. Económicamente consiste en un organismo financiero que, a cambio de emitir títulos o "certificados" cuyo valor nominal representa una cuota ideal de la masa, reúne el capital de numerosas personas para colocarlo, con arreglo al modelo de contrato o programa previamente autorizado por la Administración, en las condiciones técnicas y financieras que aseguren a los "participantes" el máximo lucro y con una diversificación de inversiones que garantice el mínimo riesgo. Si bien los recursos pueden colocarse en destinos variados, por ejemplo, en inmuebles o solares, caso frecuente en los Estados Unidos, la mayoría de los ordenamientos sólo admiten los Fondos dedicados a la inversión en títulos accionarios u obligacionales de sociedades cotizadas en Bolsa.

Jurídicamente el Fondo es una comunidad de bienes,

rencia de la sociedad mercantil. El mecanismo se desarrolla mediante la transferencia que una pluralidad de inversores hace de sus ahorros a un depositario (trustee), normalmente un banco, para que, bajo la supervisión y control de este depositario, administre e invierta esos recursos con pleno poder de disposición un grupo de gestores (managers), organizados, por regla general, cuando no por mandato legal (España, por ejemplo), en forma de sociedades anónimas, a cambio de emitir unos certificados que confieren a los aportantes un derecho de propiedad sobre la masa, así como a participar en los eventuales beneficios (208). La diferencia respecto a la institución originaria del trust en el plano del derecho anglosajón tradicional, reside en que se desdobra, por así decir, la posición jurídica de los participantes, o sea, los portadores de certificados del Fondo, quienes, por un lado, son los fundadores-transmitentes del capital, y por otro, son los beneficiarios de la actividad gestora desplegada con ese capital (209).

Lo que interesa a nuestro estudio es subrayar que el reparto de la masa entre una gama muy extensa de inversiones se considera como principio fundamental de la institución, hasta el punto de que se invoca como término distintivo entre holding de control y Fondo de inversión. Es más,

(208) El artº 7º, párrafo 1, del Decreto-Ley 7/1.964, de 31 de abril, define al Fondo como "conjunto de valores mobiliarios y dinero pertenecientes a una pluralidad de inversores que tendrán sobre los mismos un derecho de propiedad, representado por un certificado de participación", concepto claramente inspirado del Decreto francés nº 1.342/1.957, de 28 de diciembre: "Conjunto de valores mobiliarios y de sumas colocadas a la vista o a corto plazo, y pertenecientes a varias personas que tienen sobre ellas un derecho de propiedad indivisa". La disposición francesa añade: "Los fondos no constituyen sociedades ni tienen personalidad moral".

(209) BERARDINO LIBONATI: "los portadores de los certificados emitidos en relación al patrimonio del investment trust ..... en cuanto transfieren sus capitales al investment trust, aparecen como settlers, y en cuanto beneficiarios de la actividad del investment trust se asimilan a cestuy qui trust". ("Holding e investment trust", página 499).

como en el supuesto de las sociedades de inversión, dos límites, por una parte el porcentaje máximo de los recursos del Fondo colocables en títulos de una sola entidad, por otra, el tope del capital de una sola entidad adquirible por el trust. En Francia y Alemania rige, por ejemplo, el 5%; en España, el primer tope es del 10%, y el segundo, del 5% (210).

Si consideramos ahora la holding pura o de control financiero, no dejaremos de advertir evidentes analogías formales, especialmente con el banco industrial, ya que, en el supuesto no infrecuente de que el grupo de sociedades no pueda financiarse íntegramente por sí solo, la holding tendrá que acudir directamente al mercado de capitales, ejerciendo así "una función precisa de mediación en la circulación de capitales, que nos permite establecer un nexo lógico entre actividad de la holding y actividad de la empresa de crédito", como señala F. PEPE (211). Sin embargo, a despecho de cierta vaguedad terminológica en las leyes especiales sobre la materia y en el mismo acervo doctrinal, la figura resiste a toda confusión, al menos en el plano teórico. La compañía de participaciones de dominio vive únicamente por y para su grupo; su actividad principal, cuando no exclusiva, es coordinar y conectar entre sí a todas las entidades del complejo, y cuando interviene en operaciones de índole crediticia o especulativa, lo hace en función de las necesidades de la constelación de empresas, no como objeto específico suyo. La prueba es que generalmente la composición de la cartera de títulos de una holding de control es mucho más estable, menos variable que la de un banco

---

(210) Artº 4º, apartado e), de la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 1.964, por la que se reglamenta el régimen jurídico-fiscal de los Fondos de inversión mobiliaria.

(211) Op. cit., página 53, El autor, declarándose de acuerdo con LIBONATI, concluye que "en ambos casos, tenemos empresas que recogen capitales entre la masa del público y proceden a invertirlos de modo adecuado y a financiar así la actividad industrial y comercial".

industrial o una sociedad de inversión, y, naturalmente, mucho más reducida, porque suele limitarse a las acciones de las compañías-miembros.

Ahora bien, la realidad ofrece ejemplos inequívocos de invasión del terreno de la holding de control por los bancos industriales, los cuales actúan a menudo como auténticas sociedades de cartera respecto a las compañías en que participan. Este es, por ejemplo, el caso de los grandes Bancos franceses de negocios: Banque de Paris et des Pays-Bas, Banque d'Indochine, Banque Lazard, Rothschild, así como de los belgas e italianos. Por otra parte, gracias a la infinita agilidad del derecho de sociedades, que no dejaremos de ponderar, numerosos bancos de negocios asumen este papel creando una holding estrictamente financiera, en la que ellos son decisivamente mayoritarios en los países cuya legislación prohíbe que un instituto de crédito domine por sí mismo compañías manufactureras o comerciales. Así, en los Estados Unidos se asiste desde el verano de 1.968 a una vertiginosa intensificación del desdoblamiento de los mayores bancos en una sociedad estrictamente crediticia y encima de ella una holding que puede libremente lanzarse a cualquier actividad, financiera o no, con la única excepción del corretaje profesional en Bolsa. El Chase Manhattan Bank, ligado a la familia ROCKEFELLER, se ha convertido en una filial del nuevo Chase Manhattan Corp.; el Continental Illinois Bank es ahora un simple departamento de la Conill Corp. y el Morgan Guaranty, un subordinado (sólo formalmente) de J.P. Morgan & Co., Inc. En total unos cien establecimientos, que totalizan casi la tercera parte de los depósitos de la nación, han realizado esta original operación, entre ellos veintidós de los que aparecen en las listas anuales de los 50 mayores Bancos estadounidenses (212), hasta el punto de que la Administración -

---

(212) Vide "Fortune" del 15 de mayo de 1.969, artic. "The case for the one-bank holding company"; de SANFORD ROSE.

Ley de Enmiendas a la de Sociedades Holding Bancarias (Bank Holding Company Act Amendments of 1.970, 84 STAT. 1.760), en virtud de la cual quedan por primera vez sometidas a la legislación federal las holding bancarias que sólo poseen un establecimiento crediticio. La nueva disposición, que prácticamente abarca todos los grandes bancos del país, confía a la Junta de Reserva Federal (vide infra, Capítulo V, epígrafe 10) la misión de decidir cuáles serán las actividades no bancarias que puedan ejercer las holdings bancarias, y prohíbe, en particular, a estas sociedades que supediten operaciones de índole no bancaria al otorgamiento de créditos, encomendando, además, a la Junta el examen de las actividades de toda holding poseedora de algún banco cuyo activo sea superior a sesenta millones de dólares.

Lo anterior es perfectamente aplicable a los sistemas nacionales "de banca mixta", como Alemania y España, donde la banca comercial asume, al propio tiempo, la promoción y financiación de empresas mediante créditos a largo plazo, sin necesidad, siquiera, de montar una sociedad de cartera o desdoblarse artificialmente.

Se llega, en definitiva, a la conclusión de que la holding se encuentra en auge apoteósico y arrollador, ora porque se utiliza como vehículo normal para la concentración de empresas vastas y diversificadas, ora porque se acogen a ella empresas reacias a la fusión total por razones técnicas o financieras, ora, en fin, porque sirve de velo a establecimientos que por prohibición legal no pueden intervenir directamente en el dominio financiero de otras compañías.

## 7.- Estudio del concerno.-

### a). Origen y significado en la economía alemana.

En el Continente europeo fue Alemania la nación que vivió el movimiento concentrador con más intensidad y rapidez. En vísperas de la Primera Guerra Mundial su pujante industria estaba tejida y cruzada de acuerdos horizontales de reparto - -

de mercados y zonas de influencia, que, llamados carteles, empezaban a reclamar disciplina jurídica. Ahora bien, simultáneamente afloraba una forma original de organización empresarial más tupida aunque menos extensa, por la cual las mayores sociedades de ciertos ramos se aglutinaban mediante participaciones de capital, administradores comunes, contratos especiales de sujeción o subordinación. Al fenómeno del konzerno lo comparó ingeniosamente algún autor a la figura del Estado Federal, mientras que el cártel equivalía a una simple Confederación.

Ya en 1.914 era mundialmente famosa la A.E.G. (Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft) como arquetipo del fenómeno, gracias a los puestos de administración que controlaba en 174 sociedades anónimas. (213). Pero fue bajo la República de Weimar, de 1.919 a 1.933, cuando diversos factores político-económicos provocaron la eclosión triunfal e imponente del konzerno: en 1.925, constitución de la IG Farben Industrie por reunión de las tres primeras firmas químicas: BAYER, BASF y ROECHST, "imperio químico" sin precedentes; en 1.926, bajo el dominio de HUGO STINNES, formación del coloso Vereinigte Stahlwerke en la siderurgia, etc. La política del nacionalsocialismo estimuló sistemáticamente la tendencia. Por el contrario, los vencedores del Tercer Reich y ocupantes de la Alemania Occidental, procedieron a partir de 1.945, por una parte, a "descartelizar", y por otra, a "disolver" sectores básicos y grupos punteros. La consigna se resumía en un vocablo terminante: "Entflechtung", o sea, disgregación.

Sin embargo, la República Federal Alemana ha visto reconstituirse virtualmente los konzernos de pre-guerra, con la única excepción de IG Farben, y ha presenciado el alumbramiento de otros, hasta el punto de que, según datos oficiales

---

(213) Algunos directivos, como WALTHER RATHENAU, KARL FURSTENBERG, LUDWIG HAGEN, acumulaban de 35 a 44 puestos cada uno en diversos Consejos.



cipios de la década 1.960-1.970, la mayor parte de la industria de cabecera, así como las finanzas (banca, seguros) estaba articulada en konzernos que normalmente asumían la forma de participaciones accionarias de "cobertura" o "tapadera" (Schachtelbeteiligungen), en el sentido de que las compañías participantes cubrían o tapaban, al menos parcialmente, el capital de las participadas (214).

b). Concepto.

El primer atisbo se vislumbra ya en la reforma parcial de la Ley de Sociedades Anónimas (1.931) que por primera vez habla de "sociedades dominantes" (herrschende Gesellschaften) y "compañías dependientes" (abhängige Gesellschaften), así como de "sociedades de konzerno" (Konzerngesellschaften), vinculando a estas figuras determinadas consecuencias jurídicas. Pero es en la Ley de Sociedades por Acciones de 1.937 cuando se formula una definición (artº 15):

"Si varias empresas jurídicamente autónomas se encuentran reunidas con fines económicos bajo una dirección única, forman un konzerno, y las empresas serán individualmente empresas de konzerno (Konzernunternehmen).

"En el supuesto de que una empresa jurídicamente autónoma se halle bajo la influencia dominante (beherrschender Einfluss) de otra empresa por motivo de participaciones de capital o por otra circunstancia, las empresas dominante y dependiente se consideran como konzerno, y cada una, individualmente, será conceptuada como empresa de konzerno."

Aloja la anterior cláusula los dos elementos básicos de todo grupo empresarial: la personalidad jurídica separada de cada empresa como dato de independencia formal, y el

(214) Vide "Informe sobre los resultados de la encuesta acerca del grado de concentración económica" (octubre 1964).

sometimiento a dirección común. Además, el legislador ha establecido una presunción tajante si una empresa domina de modo preponderante a otra, la situación debe ser calificada como konzerno por los Tribunales. Por último, y ésta es la originalidad del enfoque alemán, la influencia dominante no se deriva forzosamente de la posesión de parte del capital, sino que puede proceder de otros factores, aunque no se citan. La Ley de 1.937 indica, pues, una posibilidad, pero sin especificarla, y por otra parte, no contiene una regulación detallada.

El paso decisivo lo ha dado la reciente Ley de Sociedades Accionarias (6 de septiembre de 1.965), que por vez primera dedica una Sección completa (Libro Tercero) a reglamentar el konzerno, reconociendo en él "una de las formas de manifestación de la vida económica nacional", y declarando que en las circunstancias actuales la prohibición de estas formaciones "no se puede tomar en serio" (Exposición de Motivos).

Ante todo, sorprende la novedad de configurar el fenómeno como noción específica, parcial, si bien la más amplia y significativa, de un concepto genérico, el de "empresas vinculadas" (verbundene Unternehmen), que comprende (artº 15) - cinco modalidades: participación mayoritaria, empresa dominante, empresas que forman konzerno, empresas con participación recíproca, y, por fin, empresas ligadas entre sí por contrato o pacto de dominio. Algo casuística a primera vista, la distinción reside en una especie de gradación creciente de vinculación económica, en la que cada peldaño sirve en cierto modo de presunción legal del siguiente: Así, después de referirse a la situación de participación mayoritaria (artº 16), el legislador define la relación dominio-dependencia entre dos firmas como el ejercicio de influjo dominante "directa o indirectamente" por la una sobre la otra (artº 17, párrafo 1), para decretar a continuación (artº 17, párr. 2): "Se presume de una empresa cuyo capital está mayoritariamente en posesión

de otra, que es una firma dependiente de la poseedora de esa mayoría".

Se define (artº 18) el konzerno como la figura formada por una empresa dominante y una o varias empresas dependientes, siempre que se hallen sujetas a dirección única (einheitliche Leitung) de la primera. Ahora bien, se añade que si dos empresas jurídicamente autónomas se encuentran sometidas a dirección unitaria, sin que la una sea dependiente de la otra, forman también un konzerno (artº 18, párr. 2). Pero el precepto establece, además, un juego de presunciones: se consideran sujetas a dirección única dos empresas entre las cuales medie un contrato de dominio (Beherrschungsvertrag) o de las que una esté incorporada (eingegliedert) a la otra, y se presume, igualmente, que toda empresa dependiente constituye un konzerno con la dominante. Con más claridad que en la normativa precedente se cifra el rasgo determinante en la dirección única; sin ella no hay konzerno. Como en el régimen anterior, se presume el ligamen de konzerno entre la empresa dominante y la dominada, si bien con posibilidad de prueba en contrario. La novedad está en que ahora se presume iuris et de iure, o sea, sin que se admita prueba en contrario, la dirección económica común por el simple hecho de que rija un contrato de señorío o bien un acto formal de incorporación. Por fin (artº 19, párr. 3), en materia de participaciones recíprocas, se dispone que si a cada una de las empresas le corresponde en la otra una participación mayoritaria o si cada una puede ejercer en la otra, directa o indirectamente, influencia preponderante, entrambas se consideran dominante y dominada a la vez, lo cual significa implícitamente que se presume entre ellas la existencia de un nexo de konzerno, salvo prueba en contrario.

c). Problemas del concepto de "dirección unitaria".

En primer lugar, aunque sea una noción jurídica, el

konzerno se basa en relaciones facticas y ni siquiera implica jurídicamente poder alguno de dar instrucciones (Weisungsrecht). Otra salvedad es que la hegemonía común no siempre se ejerce sobre empresas del mismo sector económico. Los grandes complejos del Ruhr se gestionan con plan unitario, pese a la heterogeneidad de sus departamentos.

Ahora bien, ¿qué se entiende por dirección única? La Ley no lo dice. Según RASCH (215), la Exposición de Motivos brinda una plataforma de despegue: "Como reunión bajo una dirección unitaria debe entenderse el supuesto de que la dirección del konzerno armonice la política comercial de las sociedades miembros y otras cuestiones fundamentales de su gestión". Varían mucho las modalidades de ejercicio. Lo general es que los miembros del Consejo de Dirección (Vorstand) o Directorio de la empresa rectora de grupo o sociedad principal del complejo, actúen, a la vez, como miembros del Directorio o del Consejo de Vigilancia (Aufsichtsrat) de las empresas sometidas o subordinadas. Ocasionalmente, se instituyen órganos comunes. Hasta es factible que una simple sociedad de derecho civil, por ejemplo un consorcio de accionistas, haga las funciones de dirección. En todo caso, es decisivo, es fundamental, que se trate de una dirección efectiva y no del sometimiento en virtud de obligaciones por deudas de las empresas vinculadas. Sea cual sea su ámbito material, el mando intersocietario debe ejercerse hasta el punto de que no quepa hablar de independencia económica de las empresas miembros. En definitiva, cada situación será discrecionalmente interpretada por los Tribunales, a menos que existan contratos formales de señorío o de incorporación, o que sea taxativa la relación dominio-dependencia.

d). Variantes del konzerno.

Dos hipótesis fundamentales apuntan los tratados  
(215) "Deutsches Konzernrecht", pág. 69.

sung durch Beteiligung), y la "reunión en virtud de contrato de empresa" (Zusammenfassung durch Unternehmensvertrag). La participación es el supuesto más corriente y no ofrece dificultades; nos remitimos a las observaciones hechas acerca de la holding (que, por cierto, recibe en Alemania el nombre de Dachgesellschaft, o sea, "sociedad-tejado"). En cuanto a los contratos de empresas, la Ley (arts. 291 y 292) hace una enumeración completa y sistemática (Libro Tercero):

1.- Contratos de dominio, que son (artº 291, párr. 1) aquellos "por los cuales una sociedad por acciones o una comanditaria por acciones somete la dirección de la compañía a otra empresa".

2.- Contrato de transferencia de beneficios (Gewinnabführungsverträge), que son aquellos por "los que una sociedad accionaria o comanditaria por acciones se obliga a transferir la totalidad de sus beneficios a otra empresa" (artº 291, párr. 1). Se equipara a estos convenios todo pacto "por el que una sociedad accionaria o comanditaria por acciones se compromete a explotar su propia empresa por cuenta de otra empresa" (für die Rechnung eines anderen Unternehmens).

3.- Comunidades de beneficios (Gewinngemeinschaften), que son los contratos (artº 292, párr. 1) por los que "una sociedad por acciones o en comandita por acciones se obliga a poner en común sus beneficios o el beneficio de algunas de sus explotaciones entodo o en parte, con las ganancias de otras empresas o de explotaciones determinadas de otras empresas para constituir un beneficio conjunto".

4.- Contratos de transferencia parcial de beneficios (Teilgewinnabführungsverträge), por los que "una sociedad accionaria o comanditaria por acciones se compromete a transferir una parte de sus ganancias o bien las ganancias de algunas de sus explotaciones en todo o en parte a una empresa distinta" (artº 292, párr. 1, inciso segundo).

5.- Contratos de arriendo y cesión de la explotación empresarial (Betriebsüberlassungsverträge, Betriebspachtverträge), por los cuales "una sociedad por acciones o comanditaria por acciones cede en arriendo la explotación de su empresa a otra empresa o se la transmite de otro modo" (Artº 292, párr. 1, apartado 3º).

Las dos primeras figuras contienen juntas los elementos que la práctica designa como rasgos fisionómicos del contrato de órgano o bien relación de organicidad (Organschaftsvertrag u Organverhältnis, respectivamente). Lo normal es, en efecto, que una sociedad se someta contractualmente a las consignas de otra compañía, es decir, se subordine a su dirección (que es lo que consiste el contrato de dominio) y que, al mismo tiempo, se comprometa a transmitir al ente dominante toda la ganancia que obtenga, a cambio de lo cual el segundo asumirá la cobertura de las eventuales pérdidas. De ahí las expresiones de "contrato de exclusión de beneficios" (Gewinnausschliessungsvertrag), "contrato de traslación de beneficios y pérdidas" (Gewinn- und Verlustübernahmevertrag), y "contrato de traslación de resultados" (Ergebnisabführungsvertrag). En cuanto a las compañías protagonistas, la que se somete se denomina "inferior" o bien "sociedad-órgano" (respectivamente, Untergesellschaft u Organgesellschaft), y la otra, "compañía superior" o "sociedad titular del órgano" (Obergesellschaft u Organträger).

La esencia de la Organgesellschaft consiste "en que frente al exterior actúa en nombre propio, mientras que en las relaciones internas, en virtud de su incorporación a otra empresa, obra exclusivamente por instrucciones y por cuenta de ésta" (216). Los motivos técnicos y funcionales de la aplicación de este tipo de entidades coinciden sustancialmente con los que determinan la utilización de cualquier tipo de sociedad de konzerno jurídicamente independiente: el deseo de conjugar las

posibilidad de centrar todos los medios financieros en un solo punto y los beneficios que brinda la autonomía jurídica de los miembros individuales en una unidad económica, a saber, división de riesgos, conservación de un nombre comercial ya acreditado, separación de funciones económicamente distintas, mayor facilidad para enajenar, en caso de necesidad, partes determinadas de la explotación, etc.

La tercera figura, comunidad de beneficios, era tratada por la Ley de 1.937 indiscriminadamente con la transferencia de ganancias. Con la nueva normativa de 1.965 ha cobrado independencia. Ahora bien, es insoslayable distinguir esta forma asociativa del concepto genérico de "comunidad de intereses" (Interessengemeinschaft), que era el usualmente empleado antes. En realidad, el concepto de comunidad de intereses es originariamente mucho más amplio, y engloba toda vinculación contractual entre dos o más personas para el logro de un fin común, hasta el punto de que hace más bien referencia a una sociedad de derecho civil. Por eso, no toda comunidad da origen a un konzerno, sino únicamente la que someta por entero los resultados del negocio de dos o más entidades a política unitaria, con tal de que las entidades contraten de igual a igual entre ellas (de no cumplirse esta última circunstancia, estaríamos ante una modalidad diferente de konzerno). Es contenido mínimo esencial que se pacten reglas determinadas sobre la contabilidad del beneficio bruto y el reparto de la ganancia comunitaria, lo cual exige que cada miembro comunique a los demás el volumen de sus ganancias, según normas preestablecidas. Cada una de las partes elabora un "pre-balance" (Vorbilanz) y el beneficio o pérdida resultante se anota en cuenta a la comunidad, si bien se prevé, a veces, que las pérdidas de un socio sean soportadas exclusivamente por él. El resultado global de los pre-balances se

reparte entre los miembros conforme a las normas convenidas.

Desde el punto de vista funcional y orgánico, la forma más sencilla de dirección única nos la ofrece el intercambio de miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia entre las sociedades comuneras. Es, sin embargo, más frecuente que la comunidad cree sus propios órganos conforme a las variadas posibilidades que les brinda el Código Civil. Las decisiones determinantes competen habitualmente a un órgano que suele llamarse "Consejo de la Comunidad" (Gemeinschaftsrat), Consejo Administrador o un título análogo compuesto de todos o de parte de los vocales del Consejo de Dirección o Directorio o del de Vigilancia de cada entidad miembro, o bien de otras individualidades. Cada comunero tiene un número convenido de asientos, que normalmente está en proporción directa a la cuota respectiva de beneficios. La competencia del Consejo se refiere a todas las cuestiones de dirección fundamental programas de fabricación e inversión, política de ventas, medios de financiación, etc. En cambio, la gestión corriente de los negocios comunes es incumbencia, ora de una comisión ejecutiva del propio Consejo, ora de una persona jurídica constituida ad hoc, normalmente una sociedad de responsabilidad limitada (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), que recibe técnicamente el nombre de "sociedad administradora" (Verwaltungsgesellschaft). Esta segunda fórmula es aconsejable cuando se administra un patrimonio de cierta cuantía o cuando, por otras razones, se desee la formación de un sujeto jurídicamente autónomo, casos en los que la compañía gestora es una sociedad-órgano de las empresas comuneras, que actúa frente a terceros en nombre propio, mientras que en las relaciones internas es simple dependencia de la comunidad.

La cuarta figura, a saber, el contrato de transmisión parcial de beneficios, no opone dificultades a quien la estudie: ni por su definición ni por su régimen jurídico, el



tal.

La última modalidad consiste, como se recordará, en el arriendo o cesión de la explotación empresarial. En virtud del contrato de arriendo del Código civil alemán (artº 581) la empresa arrendadora encomienda la explotación, mediante cierta contrapartida, a otra empresa, que actuará en nombre propio y por su propia cuenta. El contrato de transferencia de la industria tiene forma semejante, con la diferencia de que la cesionaria ya no contrata en nombre propio frente a terceros, sino en el de la transmitente. Desde el punto de vista patrimonial, cabe mencionar algunos aspectos. En principio, el capital fijo suele continuar bajo la propiedad de la firma arrendadora, la cual tiene obligación de seguir reflejándolo en su activo y de efectuar las correspondientes amortizaciones, mientras que el capital circulante pasa casi siempre a ser propiedad de la empresa arrendataria, en virtud de un balance de transferencia. En particular, las materias primas, los materiales auxiliares y de explotación, los bienes semiacabados y los productos terminados, el dinero líquido y los títulos-valores se transfieren en propiedad al arrendatario, quien se subroga también en los créditos. Ahora bien, si la empresa se ha transferido a otro para que lo explote en nombre del cedente, ya no recibe el cesionario la propiedad, sino, únicamente, un poder general de administración.

En cuanto al pasivo del balance de transferencia, el arrendatario asume normalmente la obligación de enjugar las deudas corrientes, es decir, las que correspondan estrictamente a la explotación. El exceso eventual del activo asumido sobre el pasivo contraído se abonará en cuenta a favor de la firma arrendadora, y se le pagará o contabilizará al fenecer la relación arrendaticia.

La contrapartida imputable al arrendatario puede pag

tarse bien como suma fija, bien como participación del arrendador en los beneficios de aquél. Con frecuencia, en contratos a largo plazo, el arrendador asume, en vez de estas formas de compensación, el imperativo de garantizar a los accionistas de la firma arrendadora un dividendo mínimo, que puede fijarse con referencia a un porcentaje del capital de la entidad cedente, o con relación a los beneficios netos de la receptora. Por lo demás, esta garantía de dividendos se configura, en principio, como pura y simple garantía de rentas: los accionistas de la sociedad cedente recibirán la suma acordada, con independencia de que el balance de la firma arroje beneficio o pérdida. También es corriente que se pacte como contrapartida la garantía de dividendos determinados cuando la empresa arrendataria posee ya una participación en el capital de la cedente, supuesto en el cual la garantía sólo tiene significado práctico para los accionistas de la entidad transmitente que no formen parte del konzerno (konzernfreie Aktionäre).

El contrato de arrendamiento de empresa no surte automáticamente el efecto de anular la independencia económica de la sociedad cedente. Sin embargo, suele el cesionario, cuando está en situación de hacerlo, asegurarse una buena medida de influencia en la sociedad transmitente, consiguiendo, por ejemplo, que se sienten varios representantes suyos en el Consejo de Vigilancia o en el Directorio. Finalmente, se suele otorgar al cesionario el derecho de opción a la compra del activo y del pasivo de la empresa, opción que, en el supuesto de sociedades por acciones, tendrá, naturalmente, que materializarse o por fusión normal o por "cesión del patrimonio" (Vermögensübertragung). Las más de las veces el cesionario se obliga, a cambio de este derecho de opción, a comprar las acciones de la compañía cedente al precio de antemano fijado.

La Ley alude, por fin, (artº 18), a otra variante de konzerno, si bien la regula aparte (artº 319), con el nombre

la facultad de toda Junta General de Accionistas de acordar la integración de la compañía en otra sociedad accionaria con sede en Alemania, cuando todas las acciones de la primera se encuentren ya en manos de la segunda (que recibe el nombre de compañía principal", Hauptgesellschaft), decisión que tendrá efecto tras la ratificación por la Junta General de ésta. El acuerdo requiere una mayoría, por lo menos, de tres cuartas partes del capital representado. Los estatutos pueden, por su parte, fijar un nivel más alto, amén de otras exigencias. El artículo 320 regula un supuesto especial de incorporación, a saber, que una sociedad anónima posea el noventa y cinco por ciento de las acciones de otra. Las formalidades son virtualmente las mismas, si bien se concede a los accionistas disidentes de la "incorporada" el derecho a una indemnización adecuada, que deberá consistir en títulos de la "incorporante" o "principal", y de ser ésta, a su vez, dependiente, podrá el interesado escoger entre las acciones de ella o bien una suma en metálico. Para la estimación del justo precio de indemnización, declara la Ley aplicables las normas establecidas para el caso de fusión.

#### 8.- Aspectos y problemas del régimen jurídico de los grupos.

Así como el capitalismo decimonónico fue el reinado de la sociedad anónima, el del siglo XX es el imperio del grupo de sociedades, o si se prefiere, de la super-sociedad anónima. El grupo tiende a convertirse en la figura de mayor relieve, evolución que reclama urgente e inexcusablemente la adaptación del derecho de sociedades mercantiles. La biología de los negocios ha segregado espontáneamente tipos inéditos de relaciones, y al legislador corresponde disciplinarlas normativamente, como advierte la "Exposición de Motivos de la Ley alemana: "La Ley tiene que aceptar el gru-

recho de sociedades ya no le incumbe decidir si una agrupación determinada es deseable por razones técnicas, económicas o de otra índole, o si es indeseable porque amenaza restringir la competencia o suscitar una excesiva concentración de poderío. Conforme a su misión general, que es la de proteger eficazmente a los accionistas y acreedores de las diferentes sociedades, y dar a conocer la situación real de éstas por formalidades de publicidad, el derecho de sociedades debe reducirse, en el ámbito de los grupos, a captar (erfassen) jurídicamente las conexiones de empresas., darles transparencia mediante normas de publicidad y adoptar reglas de protección para los accionistas externos (aussenstehende Aktionäre) y los acreedores de las empresas vinculadas". La misma tendencia o actitud se va abriendo camino, si no en la legislación, así, al menos, en la jurisprudencia de otras naciones; así, en España el Tribunal Supremo ha admitido en varias sentencias la existencia de vínculos orgánicos entre sociedades mercantiles, y en Francia, el Tribunal del Sena ha llegado a decretar que cuando una sociedad X de un grupo determinado ha contraído una obligación, ésta liga, vincula, a todas las entidades del grupo, lo cual implica virtualmente negar la personalidad moral separada de cada una (217), tesis que, por otra parte, encierra grandes peligros por su simplismo extremo.

Como ha escrito, entre nosotros, GIRON TENA ("Las grandes empresas", pág. 123) se impone un tratamiento, "desglosado" de las cuestiones que suscitan los órganos, actos y acuerdos de las sociedades agrupadas, tanto respecto a los terceros (acreedores o contratantes) como en el plano interno (protección de minorías, mayor o menor autenticidad de los pactos

---

(217) ROGER HOUIN, "Rapport général sur les fusions de sociétés", págs. 15-16, en "Rapports au Colloque international de Droit européen", Bruselas, 1.961.

Otro tema de interés primordial es la comunicación de responsabilidad pecuniaria, incluso penal, entre los miembros del complejo. ¿Cuándo debe la dominante responder de las deudas de la dominada? ¿Hasta qué punto puede y debe haber intercomunicación<sup>de</sup>/responsabilidades penales? En todo caso, al lado de estos puntos dudosos, más aún litigiosos, existe acuerdo unánime sobre otras facetas, sobre todo el principio de publicidad que debe regir el nacimiento, la vida y la contabilidad del grupo. Que se ayunten las empresas, pero que lo hagan con "luz y taquígrafos", como exigía MAURA en régimen parlamentario.

La exposición que a continuación se aborda no pretende agotar una materia que por sí sola ocuparía todo un tratado de Derecho de Sociedades, sino reseñar las nuevas tendencias del ordenamiento de compañías que reflejan legislativa o jurisprudencialmente el movimiento concentrador.

a). Régimen del control a través de puestos directivos.

En principio, puede una sociedad asegurarse por dos medios distintos el dominio político de otra en lo tocante a intervención en los órganos rectores de la segunda; bien consiguiendo ostentar por sí misma una vocalía en el Consejo de Administración de la entidad controlada, bien pretendiendo y logrando que sea designado vocal, aunque sea a título personal y en nombre propio, uno de sus administradores o accionistas de control, a través del cual ejercerá de facto, ya que no de iure, influencia preponderante. El primer método recibe el nombre de "control directorial directo", y el segundo, el de "control directorial indirecto" (218).

El control inmediato es instrumento más eficaz y, sobre todo más seguro, y en definitiva, el más sincero frente a los socios de la compañía dominada y al público en general.

(218) MICHEL VANHAECKE, "Les groupes de sociétés", págs. 115 y sigs.

currir en la suposición de que por el solo hecho de ocupar un asiento en el Consejo de Administración de otra sociedad, posea una compañía auténticamente el dominio político. Se trata simplemente de un factor generalmente insuficiente por sí solo.

El control mediato es menos seguro, aunque se encuentra muy extendido, y peca, además, por falta de publicidad, por su carácter oculto o, cuando menos, confidencial. Su razón de ser estriba en que antaño (y todavía hoy) diversos ordenamientos nacionales prohibían el nombramiento de personas jurídicas como administradores de sociedades mercantiles, es decir, que una sociedad fuese titular de una vocalía del Consejo de Administración, con lo que se excluía legalmente el control directo. Ahora bien, no cabe desconocer que ~~incluso~~ donde se admite la modalidad directa, el control mediato desempeña una útil misión de complemento. No sólo se excluyen ambos métodos, sino que se completan. Efectivamente, cabe distinguir dos hipótesis en el dominio indirecto: o se ejerce como complemento, o se practica como sustituto del control directo, según que la firma dominante tenga o no, respectivamente, una participación de capital decisiva en la entidad dominada. Analicemos en los próximos párrafos entrambos supuestos.

El control mediato complementario está expuesto a graves limitaciones e inconvenientes, que afectan a su intensidad y a sus posibilidades de duración o permanencia. A su intensidad, porque el poder de revocación de que dispone toda compañía administradora directa sobre su representante en el Consejo de la dominada, no existe legalmente en este caso, ya que el hombre de confianza de la controlante es administrador en nombre propio y no representa nominalmente a nadie, lo cual, por otra parte, le permite asumir un interés per

sonal en la sociedad que gestiona y obrar con autonomía. A su duración también, sobre todo cuando el administrador sea, al mismo tiempo, simple accionista, y no administrador, de la sociedad dominante, ya que en cualquier momento podrá abandonar ésta, vendiendo su paquete de acciones, sin perjuicio de continuar como consejero en la otra. Desde ese momento hasta que expire el período legal o estatutario del cargo, la sociedad controlante no podrá ejercer control directorial. Aun en el caso de que el vocal en cuestión sea a la vez administrador, y no simple socio, de la entidad dominante, la situación será prácticamente igual. Habrá, ciertamente, mayor intensidad de control, gracias a la acumulación de puestos directivos, pero existirán los mismos riesgos en punto a permanencia del vínculo. El sistema funcionará mientras no surja conflicto entre el vocal y el órgano directivo del ente dominante. En cuanto las divergencias alcancen importancia, la dimisión del consejero pondrá fin al control, y lo mismo ocurrirá cuando ese individuo tenga intereses en las dos entidades y se plantee un problema de compatibilidad. Preferirá lógicamente sacrificar la compañía en que tenga menos que perder. Evoquemos, por fin, la hipótesis de fallecimiento o incapacidad de hecho o de derecho, y de que el Consejo de Administración de la dominada llene la vacante con una persona independiente de la controlante.

El control mediato sustitutivo aboca a un régimen de "unión personal" (VANHAECKE), así llamado por analogía con ciertos supuestos del Derecho Político, concretamente dos reinos que, sin perjuicio de conservar cada uno su independencia, tienen un mismo monarca. Distingamos también aquí diversas modalidades, que fundamentalmente se reducen a dos: que haya control financiero por una misma persona física en las dos o más compañías de referencia, sin que éstas participen, como tales entes jurídicos, las unas en el capital de las otras, y

en segundo lugar, que no exista esa comunidad financiera, sino únicamente la directorial. En el primer supuesto, el bloque es más sólido y compacto que en el segundo. Sin embargo, la fórmula de unión personal pura, sin lazos de participación común, puede ser útil respecto a empresas pequeñas o bien cuando se instrumenta la subordinación financiera mediante préstamos o avales, y no por participaciones. Sin necesidad de un dominio financiero personal puede un grupo de individuos especialmente versados en determinado negocio ser instrumento de control de una sociedad sobre otra, sin que las entidades están ligadas entre sí por nexos de capital. Este sistema es válido, sobre todo, para las sociedades en comandita o las de responsabilidad limitada, que, por la simple presencia en su seno del consejero de una gran compañía accionaria o de un banco poderoso, pueden quedar sometidas al gigante. Ahora bien, de la estricta comunidad de administradores no cabe deducir automáticamente la unión personal. En esta materia tan contingente y casuística, habrá que estar a las circunstancias de cada supuesto: será necesario examinar la dimensión relativa de los entes en presencia, el dinamismo y grado de autoridad de sus directivos, y sobre todo, si la política fundamental de las sociedades es coincidente o no a lo largo de períodos significativos.

Veamos cuál es la posición del Derecho de sociedades actual frente a los problemas del control directorial. Por una parte, la mayoría de las legislaciones reconocen ya el principio de que una sociedad pueda ser como tal persona moral administradora de otra, y nombrar, por consiguiente, un representante suyo en el Consejo de Administración (o de vigilancia) de la segunda, si bien subsisten excepciones de cierto relieve. De todas maneras, el triunfo de la solución afirmativa fue laborioso y dió, por cierto, origen en Francia a una de las más sugestivas polémicas sostenidas en la doctrina



fensor máximo. La victoria final de la tesis de que era lícita la administración por parte de personas jurídicas no se debió a superioridad intrínseca en la argumentación, sino a dos causas: , una, la presión psicológica y social del mundo de los negocios, y otra, el apego de los autores de principios de siglo a las asimilación entre personas físicas y entes morales. Así se impuso en Francia una regla que otros ordenamientos nacionales habían aceptado sin mayor dificultad. La nueva Ley de 1.966 (artº 91) la ha corroborado con una salvedad, la de que el Presidente del Consejo de Administración, dotado de fuertes poderes por una Ley de 1.940, inspirada directamente por el modelo alemán del Jefe de Empresa (el Führerprinzip del ordenamiento nacional-socialista), y mantenida por la reforma, tiene que ser una persona física, so pena de nulidad del nombramiento.

Bélgica, Luxemburgos y los Países Bajos admiten plenamente el control directorial inmediato, al no poner obstáculo a la asunción de cargos directivos por personas morales.

En cambio, Italia, Suiza y Alemania aplican la regla contraria. El Código Civil italiano no se pronuncia expresamente, pero la doctrina es, en su mayoría, hostil a las personas jurídicas como administradoras sociales. En Alemania, confirmando las normas prohibitivas de la Ley de 1.937, la reforma de 1.965 veda a las personas morales el acceso tanto al Directorio como al Consejo de Vigilancia (arts. 76, párrafo 3, y 100, párr. 1, respectivamente). El legislador ha tratado seguramente de poner coto a la participación declarada de los bancos en la vida cotidiana de las empresas industriales mediante representantes directos en sus órganos rectores.

Respecto al ordenamiento español, el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas contenía (artº 82) una prohibición formal, que ha desaparecido en el texto de la Ley defi-

nitiva de 17 de julio de 1.951. Nada se dice en el, y si bien algunos especialistas, como GIRON TENA ("Sociedades Anónimas", pág. 351), opinan que la solución negativa es "doctrinalmente más correcta", predomina el dictamen favorable (GARRIGUES-URIA, "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", II, página 165, por ejemplo). RUBIO aboga por la solución afirmativa también (219): "El régimen de alianzas y concentración de empresas conduce a que unas sociedades sean efectivamente administradas por otras. Resulta mucho más claro para la seguridad del tráfico y ajustado al principio de buena fe, que tales conexiones resulten patentes".

También los ordenamientos anglosajones reconocen la capacidad de las compañías para ser administradoras societarias. Así, por ejemplo, la Ley inglesa de Sociedades de 1.948 (arts. 178 y, sobre todo, 200).

Ahora bien, en los últimos años se ha planteado en varias naciones un problema que excede del marco estricto del derecho de sociedades y pertenece más bien a la órbita de la estructura económica del sistema capitalista en su conjunto, concretamente la acumulación de puestos directivos en manos de un solo titular físico. No se puede honradamente desmentir, a la vista de ciertos datos estadísticos, la validez de la preocupación. En Francia, ya el Informe del senador Lesaché declaraba en 1.931 que 166 personas físicas, administradoras de los diez mayores bancos del país, formaban parte de 505 Consejos de Administración. La encuesta gubernamental sobre el grado de concentración de la economía alemana (1.964) ha revelado que en 1.960 unas 208 personas asumían entre seis y diez mandatos de Consejos de Vigilancia, 47 entre once y quince vocalías, y otras 20, más de quince. La situación es aún más caracterizada en Bélgica, cuya estructura económica está montada precisamente sobre conexiones entre las personalidades salien-

---

(219) "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", pág. 244, in fine.

tes del mundo financiero, según ha demostrado ante la sociedad la reciente vista del pleito de la Barcelona Traction ante el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, y en Italia, cuyas holdings paraestatales son, a menudo, dirigidas por magnates de la industria privada. En cuanto a España, diversas fuentes han tratado el tema con intensidad y abundancia de datos en los últimos años: citemos, a título simplemente enunciativo, a RAMON TAMAMES (220), JUAN VELARDE (221), la Revista "Cuadernos para el Diálogo" (222), esta última más bien en el ámbito concreto de la Banca y su proyección sobre el resto de la economía nacional; ARTURO LOPEZ MUÑOZ-JOSE LUIS GARCIA DELGADO (223), etc.

Pues bien, son varios los ordenamientos legislativos que han iniciado una tendencia a limitar el máximo de puestos que una persona, física o moral, puede desempeñar a título de administrador o directivo, tratando de reducir lo que los franceses llaman "le cumul des sièges d'administrateur", y en España se denomina púdicamente "compatibilidad" de puestos directivos. La nueva Ley alemana de 1.965 limita a diez el número máximo de vocalías de Consejos de Vigilancia, si bien admite que el representante legal de la sociedad principal o dominante de un konzerne desempeñe hasta cinco puestos más en las entidades subordinadas (artº 100), mientras que la Ley de 1.937 fijaba, respectivamente, diez y veinte como topes. No hay, en cambio, límite para las vocalías de Directorios. La opinión general es que el legislador no ha pretendido tanto pa

---

(220) "La lucha contra los monopolios", Madrid, 1.961, 2ª edición, Tecnos, S.A., págs. 494-507, con la lista de los 275 Consejeros comunes de las empresas sobresalientes en los distintos sectores.

(221) "Sobre la decadencia económica de España", págs. 633-654, Madrid, 1.967, Tecnos, S.A.

(222) Número extraordinario VIII, de abril de 1.968, dedicado a la Banca.

(223) "Crecimiento y crisis del capitalismo español", Madrid, 1.968, edit. "Cuadernos para el Diálogo". Aclaremos que ARTURO LOPEZ MUÑOZ es el seudónimo de SANTIAGO ROLDAN.

persona participante en numerosos Consejos de Vigilancia no esté en situación de ejercer debidamente sus funciones en cada uno de ellos.

Francia ha establecido a partir de una Ley de marzo de 1.943 restricciones que ha reformado paladinamente la reforma de 1.966: 8 puestos de Consejos de Administración para personas físicas (artº 92), so pena de nulidad del nombramiento y obligación de restituir las remuneraciones indebidamente percibidas; dos mandatos de Presidente del Consejo de Administración(artículo 111); dos puestos también de Directorio, caso de que una sociedad francesa adopte esta forma de organización, importada del Derecho alemán por la propia Ley como régimen subsidiario, o dos cargos de director general único, y por último, límite de 8 vocalías de Consejos de Vigilancia (artº 136).

Por su parte, España ha dictado la Ley 31/1.968, de 27 de julio, sobre Incompatibilidades Bancarias y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada, en virtud de la cual se prohíbe que los Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros o Administradores, Directores Generales y asimilados de Bancos privados que operen en la nación desempeñen cargos análogos en otros Bancos ni participen en más de cuatro Consejos de Administración en sociedades anónimas españolas. Más aún, se prohíbe a los Consejeros-Delegados y Directores Generales de Bancos privados y a quienes desempeñen en ellos cargos con funciones ejecutivas que ocupen simultáneamente en otro Banco o sociedad anónima alguno de estos puestos u otros equivalentes. Se establecen excepciones a favor de los administradores de Bancos industriales que lo sean, a la vez, de las sociedades anónimas fundadas o reorganizadas por esos Bancos o en los que tengan éstos participación superior, ora a los veinte millones

En todo caso, se limita a ocho el máximo absoluto de puestos ocupables por una sola persona. Evidentemente la nueva normativa española sólo aborda el problema bancario, no el ámbito general de la sociedad accionaria, cosa lógica, habida cuenta de la inminencia de una reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, pero constituye un síntoma espectacular de las corrientes actuales en materia de pluralidad de vocalías directivas.

b). La comunicación de responsabilidad entre las sociedades de grupo.

Surge aquí nuevamente el antagonismo entre el aspecto económico y la forma jurídica (GARRIGUES). Desde el punto de vista jurídico, no cabe negar a la sociedad dominada personalidad moral y autonomía patrimonial, lo cual lleva aparejada la responsabilidad social directa y separada por las deudas propias. En teoría la matriz no tiene por qué responder de las obligaciones de su filial, ni ésta de los compromisos contraídos por la matriz. Del mismo modo, la quiebra de una de ellas no provoca ipso facto la quiebra de la otra.

Sin embargo, en la vida real es a veces inevitable que la situación patrimonial de una de las compañías del grupo repercuta en las demás, justamente a consecuencia del nexo financiero. Como apunta GARRIGUES (224), "si la sociedad dominada tiene tal entidad económica que sus acciones constituyen una parte del activo de la sociedad dominante, la quiebra de aquélla puede dar lugar a la quiebra de ésta". Por otra parte, cuando es la sociedad dominante la que quiebra, pueden los síndicos pedir, en su caso, que el patrimonio de las filiales sea atraído por la masa de la quiebra, demostrando que la constitución de esas filiales tuvo por objeto exclusivo re

---

(224) "Formas sociales de uniones de empresas", página 69.

ducir la garantía de los acreedores de la matriz.

En definitiva, concluye la doctrina mayoritaria, se trata de un problema de prueba: si se logra demostrar que la entidad controlada constituye mera apariencia de compañía, detrás de la cual se oculta la dominante, y que se utiliza el ente ficticio para eludir el cumplimiento de contratos o para reducir las garantías de los acreedores, los Tribunales deberán decretar la comunicación de responsabilidad (225).

La jurisprudencia acumulada empieza a ser abundante, pero dista de ofrecer línea congruente. Cabe, de to dos modos, retener dos grandes motivos o fundamentos en las sentencias o fallos que han declarado la responsabilidad solidaria del grupo o de una de sus sociedades por deudas de otra: por una parte, la existencia de una "sociedad de hecho" entre las compañías en cuestión, caracterizada (HEMARD), "por una serie coordinada de hechos de explotación en común, que sólo puede explicarse por la presencia de una sociedad, por un conjunto de circunstancias que establezcan materialmente la sociedad y la hagan notoria"; por otra, el fraude caracterizado por la creación artificial y ficticia de dos sociedades que, enmascarando la unidad total de un patrimonio, divide ante terceros lo que económicamente no es más que un solo conjunto. Se admite, por añadidura, un tercer motivo, el de la confusión de hecho de los patrimonios de dos o más sociedades que forman grupo, como figura distinta, naturalmente, de la de fraude.

Francia ofrece el muestrario más rico y plural de casos judiciales y su tendencia predominante ha sido concretamente proclamar la independencia jurídica, y, como corolario,

---

(225) GARRIGUES (op. cit., pág. 70) pone como ejemplo del primer supuesto el caso de la sociedad que, ligada por un pacto de no competencia y deseosa de burlarlo, recurre a una filial para que comercie en ese sector económico.

Los Tribunales franceses han llegado a declarar que la independencia jurídica de las sociedades pertenecientes al mismo grupo imposibilita la compensación entre las deudas que un individuo contraiga frente a una y los créditos que ostente frente a otra (Tribunal de Casación, 21 de noviembre de 1.924, caso de la compañía de seguros "Le soleil-Accidents").

Sin embargo, la jurisprudencia dista de la uniformidad. Desde una Resolución de la Chambre des Requêtes de 20 de noviembre de 1.922, hasta recientes sentencias, dictadas en la última década, especialmente por el Tribunal de Comercio del Sena, aflora repetidamente una tendencia partidaria de la responsabilidad solidaria, y sobre todo, de extender la quiebra entre sociedades controlantes y entidades controladas, en supuestos probados de artificialidad fraudulenta de la pluralidad de personas morales o bien cuando se demuestre la virtual confusión de patrimonios: así, la famosa Sentencia del Tribunal de Comercio de Aix de 24 de febrero de 1.927, seguida de otra del Tribunal de Apelación local (14 de noviembre de 1.927), y de Sentencia de la Chambre des Requêtes (13 de mayo de 1.929) sobre el caso de las aguas termales de Aix, y también la Sentencia del Tribunal de París de 28 de julio de 1.937, sobre el no menos escandaloso asunto de la Association Foncière et Immobilière (AFI).

Es cierto que, como apunta RODIERE (227), esta jurisprudencia se apoya en el artículo 446 del Código de Comercio, según el cual "en caso de quiebra de una sociedad, puede la quiebra ser declarada extensiva a toda persona que, bajo la cobertura de una sociedad que disimula sus maniobras, haya realizado en su interés personal actos de comercio y dis-

---

(226) M. VANHAECKE (Op. cit., pág. 282) ofrece un documentado e interesante resumen, que analiza con detalle las sentencias que se citan en nuestro trabajo.

(227) Op. cit., pág. 91.

prios", pero no es menos cierto que las sentencias citadas traducen un reflejo indudable de la reacción del derecho privado frente a las conexiones financieras entre compañías que forman grupo. Es, por lo demás, significativo que la Asociación Nacional de Sociedades por Acciones (ANSA) propusiera en su proyecto de nueva Ley de Sociedades Anónimas un precepto que expresamente hacía<sup>10</sup>/las compañías matrices responsables de las deudas de sus filiales, previa excusión de los bienes de éstas. Desgraciadamente, la sugestión no fue siquiera debatida por la Comisión gubernamental de Reforma, y no ha sido recogida por la Ley de 1.966.

En Italia la jurisprudencia es netamente opuesta a la comunicabilidad, y su pronunciamiento más **categorico** aparece en la Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 17 de enero de 1.958, que rechaza la extensión de la quiebra de una sociedad anónima a una persona física que era accionista mayoritario y presunto "empresario oculto" (228). Sin embargo, cierto sector de la doctrina (ASCARELLI, FERRARA, ROMANO PAVONE) preconiza la intercomunicación de responsabilidades.

En Alemania no cabe hallar, en cambio, material forense tan rico y sugestivo. Unicamente es necesario señalar que la nueva Ley de 1.965 prevé la responsabilidad de la sociedad superior (Hauptgesellschaft) con motivo de las deudas que contraiga la compañía "incorporada" (die eingegliederte Gesellschaft) a partir del momento de la incorporación, si bien con la facultad de negarse a pagar a los acreedores mientras la compañía de referencia conserve el derecho de impugnar el negocio jurídico que sirva de título a la obligación y los acreedores puedan resarcirse, mediante compensación con crédito vencido a favor de esa misma entidad.

---

(228) Para una lectura más detenida, vide RODIERE, op. cit., págs. 90-91.



penosa y precariamente si se quiere, la jurisprudencia y la doctrina de varias naciones empiezan a elaborar, por lo menos a postular, un régimen de comunicación parcial de responsabilidades, asentando así, quizás, una de las bases angulares del futuro derecho mercantil.

c). La publicidad de los grupos de empresas.

Bajo el régimen tradicional, cada sociedad publica estrictamente los datos fundamentales propios: capital y nombre de los administradores y directivos, sin alusión alguna a la procedencia del primero, salvo en el acto fundacional, ni a las conexiones orgánicas, personales o financieras con otras compañías. Sin embargo, se asiste en las últimas décadas al hecho, cada día más generalizado, de que sean los grupos de sociedades, o por lo menos las sociedades cabeza de grupo, quienes en sus balances y Memorias a la Junta General de Accionistas, o en sus comunicados a la prensa diaria, revelen el número y envergadura de las entidades componentes. Las sociedades rectoras, movidas por el deseo de impresionar al gran público y por un elemental afán de crédito y prestigio financiero, cuidan de enumerar sus participaciones e intereses en las entidades que controlan y aun en las que no dominan; las compañías dominadas proclaman su dependencia del grupo o de la entidad X con la misma ufanía con que antaño el vasallo o mesnadero tenía a gala pregonar su vinculación a un señorío poderoso.

Según suele suceder, consolidada una práctica consuetudinaria, acude el legislador a regularla y darle forma institucional. En el campo de la publicidad de grupos cunde desde la Segunda Guerra Mundial el ejemplo de la Ley alemana de Sociedades por Acciones de 1.937, que ya imponía obliga-

xiones (229), y son ya numerosos los ordenamientos que establecen la presentación formal de las relaciones de control intersocietario en los documentos básicos de la vida de las compañías. Adelantado también de este movimiento ha sido el texto básico inglés de 1.948, la Companies Act, que impuso, bajo pena de sanciones penales, la obligación, a cargo de los administradores de la sociedad dominante (artº 150), de presentar anualmente a la Junta General de ésta las "cuentas integradas" (group accounts) del grupo, si bien con excepciones que dejaban un amplio margen interpretativo en manos de los directores.

La actual regulación alemana es quizá la más minuciosa y elaborada. La nueva Ley de 1.965 obliga a la sociedad dominante (Obergesellschaft) de todo konzerno (arts. 329 a 388) a presentar el último día del ejercicio financiero un balance conjunto (Konzernbilanz), así como un estado de pérdidas y ganancias (Konzernabschluss) y una memoria global (Konzerngeschäftsbericht). Además, quedan sujetos a inscripción en el Registro Mercantil los contratos de dominio o de transferencia de pérdidas y ganancias, su rescisión o denuncia, la incorporación formal (Eingliederung) de una sociedad por otra poseedora del cien por cien de sus acciones, el acuerdo de la primera de poner fin a ese régimen, o en su caso, el momento en que la segunda deje de poseer la totalidad de las acciones. Además, el Directorio de toda sociedad que dependa de otra u otras sin mediar contrato expreso de dominio, deberá exponer detalladamente en un informe especial, dentro del primer trimestre del ejercicio, sus relaciones con aquéllas, y por otra parte, toda compañía deberá mencionar

---

(229) Artº 128, párr. 2, apartado 8º, según el cual el informe anejo al balance anual debería especificar las relaciones existentes entre la sociedad y las empresas del mismo grupo, a menos que esa revelación atentase a los intereses de la sociedad o de la empresa vinculada.

en sus documentos oficiales y periódicos (Memoria, balance anual, etc.) las participaciones que tenga en otras entidades en proporción igual o superior al veinticinco por ciento de su respectivo capital. Retengamos, por último, el deber de toda empresa, sea cual fuere su forma jurídica, poseedora de una cuarta parte del capital de una compañía por acciones, de comunicárselo sin demora, y la misma obligación de toda sociedad anónima, en el supuesto de referencia, cuando la "participada" sea otra entidad por acciones o una compañía minera, así como el deber de notificación mutua de participaciones recíprocas.

Casi tan minuciosa era la Ley inglesa de 1.948, modificada recientemente (1.967). El ordenamiento británico exige, en definitiva, los mismos requisitos que el alemán: presentación por la compañía dominante, al final del ejercicio, de las cuentas de pérdidas y ganancias de las filiales (subsidiaries) y de una exposición de su actividad y situación financiera, como anejos a la memoria y cuentas de la entidad principal, así como de un balance y de una cuenta de resultados "consolidados", concepto que explicaremos más adelante; y por otra parte, citación en la Memoria anual del nombre de las filiales y de la clase y cuantía de los títulos que se poseen del capital de éstas, y, correlativamente, obligación de toda filial de citar en su Memoria el nombre y nacionalidad de la compañía que crean los administradores que es la sociedad matriz en último término (the ultimate holding company). Además, toda sociedad que posea más del diez por ciento de las acciones emitidas de cualquier otra sociedad, deberá especificar en su Memoria anual el nombre y nacionalidad de la segunda, así como la clase de títulos de que se trate y la proporción exacta que representen respecto al total de su categoría (en esto el derecho inglés es más riguroso que el germánico, que sólo formula la obligación a partir

muy reducida, la orientación alemana, disponiendo (artº 356) que cuando una sociedad haya adquirido en determinado ejercicio una participación, o del 10 al 50% del capital de otra compañía con sede en Francia, o más de la mitad del mismo, deberá declararlo en su Memoria a la Junta General, y que el Consejo de Administración dará cuenta en su informe de la actividad de las filiales por ramas de producción.

En líneas generales, las naciones anglosajonas: Gran Bretaña y sus Dominios "blancos", y los EE. UU., así como Alemania, Suiza y los países del Norte de Europa se atienen rigurosamente a normas de publicidad globalizada, mientras que en la región latina apenas despunta el nuevo régimen en las reformas recientes o inminentes.

A título de indicio de las tendencias actuales, es interesante el proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea (proyecto SANDERS), que, en su Título VII ("Los grupos de sociedades"), contiene disposiciones que recuerdan casi literalmente el ordenamiento alemán, obligando a toda Sociedad de estatuto europeo a publicar sin tardanza el hecho de haberse convertido en dominante o en dominada, así como el cese de esta situación, y prescribiendo, incluso, que toda Compañía Europea declare en su Memoria anual si forma parte de algún grupo como dominante o dominada, así como que notifique si ha dejado de encontrarse en una de esas dos hipótesis.

d). La cristalización contable de los grupos: mención especial del "balance consolidado".

La propia naturaleza de las sociedades de capital, basadas en la limitación de responsabilidad personal de los socios, exige el máximo escrúpulo en la presentación de sus cuentas, en interés de acreedores y accionistas por igual. De ahí que, salvo las primeras leyes decimonónicas, sobremanera par-

un contenido típico cada vez más extenso y minucioso en punto a redacción del balance y de las cuentas de resultados, y muy especialmente a partir de la tercera década del siglo en relación concretamente a los complejos intersocietarios.

Se ha demostrado por triste experiencia, de la que el caso "MATESA" en España parece constituir ejemplo de truculenta contemporaneidad, que una de las causas más frecuentes de las catástrofes financieras en las grandes agrupaciones, es la red de relaciones contractuales y crediticias entre entidades controlantes y firmas controladas, a través de contratos leoninos, precios simbólicos de suministro o venta, préstamos ficticios, auto-contratos más o menos disimulados, etc., cuando no la política deliberada de la sociedad dominante de torpedeo de la dominada para llevar a ésta a la quiebra y poder la primera alzarse a precio de saldo con todas las acciones. De ahí que juristas, financieros y contables aboguen por el perfeccionamiento de las técnicas de balance, postulando la apertura de participaciones llamadas de control, así como para las diversas operaciones concertadas entre los miembros de un mismo complejo. Sobra decir que las preocupaciones fiscales no han sido ajenas a este afán, especialmente en los Estados Unidos y Gran Bretaña.

Se distinguen generalmente dos fases en la disciplina contable de los grupos: en primer lugar, la reforma del balance individual de cada sociedad; en segundo lugar, la adopción, a nivel de la sociedad dominante y con validez para toda la agrupación, de un balance colectivo o global (230).

Alumbraron la primera etapa las legislaciones norteamericana y británica. En Europa, efectivamente, la "Companies Act" inglesa de 1.929 obligó a las holdings a incluir

---

(230) Vide, entre otros, MICHEL VANHAECKE, op. cit., págs. 459-494, y FEDERICO PEPE, "Holdings, gruppi e bilanci consolidati", Capítulos V y VI, págs. 157-234.

en su balance datos sobre sus participaciones de control, bajo tres partidas concretas, una, en el Activo, llamada "Participaciones"; otra, también en el Activo, bajo el título "Créditos contra las filiales", y otra, por fin, en el Pasivo, titulada "Deudas frente a las filiales", sin que figurasen, en cambio, las simples participaciones de inversión especulativa, reglamentación que sirvió de modelo directo a la Ordenanza alemana de 1.931, que, a su vez, pasó a la Ley de Sociedades Accionarias de 1.937, con la notable modificación de que se aplicaba no sólo a sociedades vinculadas por participaciones accionarias, sino a toda estructura de konzerno. Eran, sin embargo, regulaciones primerizas y rudimentarias, que no exigían la precisión del número y nomenclatura de las filiales ni el importe de las sumas invertidas por la holding o cabeza de konzerno en cada una de las entidades dominadas, ni de los créditos de éstas contra la primera o viceversa. Además, los textos legales únicamente tenían en cuenta las compañías filiales del primer escalón, con lo cual bastaba el sencillo recurso de interponer sociedades puramente nominales.

Las insuficiencias apuntadas y la crítica de financieros y jurisconsultos han determinado, a partir de la Segunda Guerra Mundial, un vasto movimiento de reforma legislativa, del que son ejemplos salientes la Ley inglesa de Compañías de 1.948, modificada, como se dijo, por la de 1.967, y la Ley alemana de 1.965. Las alteraciones han consistido en la exigencia de que consten no sólo las cifras globales, sino también el desglose por cada filial de los créditos, participaciones y deudas de la dominante, y en extender el ámbito o área contable de la noción de control a las sociedades indirectamente controladas, es decir, a las sub-filiales, sin perjuicio, como se ha especificado en el apartado procedente, de hacer obligatoria la mención de toda participación del capital de otra entidad superior a determinado porcentaje,

fuere su proporción (verbigracia, el Código civil italiano, artº 2.424). El ordenamiento español no contiene normas específicas en la materia, ni exige como apartado la mención de las participaciones.

Ahora bien, toda contabilidad puramente enumerativa ofrece serios inconvenientes: en primer lugar, puede resultar prolija y farragosa en los casos de participaciones de una compañía en múltiples entidades, como ocurre, por ejemplo, con los famosos "conglomerates" del mundo anglosajón (grupos de sociedades pertenecientes a sectores dispares, sin más unidad que la del centro dominante); en segundo lugar, no acaba de dar una visión orgánica de conjunto, y en tercer término (éste ya no es un reproche a la idea en sí, sino a su aplicación), las leyes de sociedades (por ejemplo, la inglesa de 1.967, en su artº 3º, y la alemana de 1.965, en su artº 160) suelen dispensar la obligación de reflejar las participaciones en aquellos casos en que, a juicio de los administradores, la publicidad puede perjudicar a las compañías o provocar perturbaciones en el cálculo de valor de los activos.

La evolución de la técnica contable fatalmente debía conducir a una figura más depurada que los renglones o partidas especiales aritméticamente yuxtapuestas o un mero recuento de participaciones. Había que pasar a la presentación sintética de las cuentas del grupo; en una palabra, había que saltar de la aritmética al álgebra o, si se prefiere un símil de la ciencia química, de la mezcla a la combinación. Este es precisamente el sentido del "balance consolidado", anglicanismo tomado literalmente de "consolidated balance sheet" (más propio habría sido decir balance total, global u orgánico). Como gráficamente ha dicho M. VANHAECKE (op. cit., pág. 475), "el balance consolidado es la expresión contable de la situación de la empresa individual o socie-

taria, y se define como integración o fusión en uno solo de los balances de las diversas sociedades del grupo."

La redacción balance global implica dos supuestos indeclinables: la existencia de un nexo efectivo de control entre las sociedades y la absoluta homogeneidad de las técnicas contables en cada una de las compañías, ya que sólo se pueden amalgamar cantidades perfectamente comparables, y además la exacta coincidencia de períodos contables. Ahora bien, aparece un factor de perplejidad si se considera la posibilidad de distintos enfoques teóricos sobre la institución, posibilidad que, según F. PEPE (op. cit., pág.159), da a entender, se resuelve básicamente en dos planteamientos, sostenidos fundamentalmente en Norteamérica, verdadera adelantada de la nueva técnica: la "teoría de la entidad" (entity theory) y la "teoría del propietario" (proprietary theory). Según la teoría del propietario, los balances reflejan el punto de vista de los accionistas de la sociedad dominante; según la teoría de la entidad, reflejan el patrimonio conjunto y la totalidad de las actividades económicas del grupo, dirigidas por el control centralizado de la entidad dominante. En este caso, se considera el grupo como ente distinto y separado de la empresa dominante, así como de las dominadas. El enfoque del "propietario" predispone, en cierto modo, a que el balance sea una especie de contabilidad ampliada de la compañía dominante; por su parte, el de la "entidad" autoriza la afirmación (231) de que se trata de "balances de una entidad económica con dos categorías de intereses accionarios, el mayoritario o dominante y el minoritario, o "los minoritarios", y de que "en la preparación de los balances consolidados, estos intereses deben ser considerados coherentemente". Por lo tanto, según la "proprietary theory", el renglón capital neto no incluirá el capital perteneciente

---

(231) H.A.FINNEY y H.E.MILLER, "Principles of accounting-Advanced", página 474.



a los restantes accionistas de las sociedades controladas, y coincidirá con el de la sociedad dominante, eventualmente incrementado o reducido, en el porcentaje correspondiente, por las variaciones experimentadas en las reservas de las compañías filiales después de la compra o suscripción de las participaciones respectivas. Por el contrario, conforme a la entity theory, el capital social y las reservas que figuren en el estado conjunto, incluirán así el capital específico de la dominante como los intereses de los accionistas minoritarios o, mejor dicho, ajenos al grupo. La dualidad de concepción agrava los problemas valorativos, ya graves de por sí, que plantea la fisiología del grupo.

La evolución legislativa ha sido análoga a la del balance individual con partidas especiales: primero, se introdujo la consolidación a título facultativo, y más tarde, determinados ordenamientos lo han hecho obligatorio. En los Estados Unidos, con excepción de las llamadas "blue-sky laws" (232), la legislación de cada estado miembro no suele ocuparse del tema. La única salvedad notable es el Corporation Code, de California, que da a elegir a las sociedades holding entre preparar su balance propio o preparar otro orgánico que incorpore también los de las filiales. En cambio, a nivel federal, la institución es de hecho obligatoria desde el momento en que la Comisión de Negociación de Valores (Securities Exchange Commission, abreviadamente SEC) está facultada para exigir a las entidades la compilación de balances globalizados en todos los casos que juzgue necesarios. Comoquiera que la Comisión ha hecho uso muy a menudo de esta posibilidad, prácticamente todas las compañías americanas cotizadas en Bol-

---

(232) Literalmente, "leyes de cielo azul", así llamadas porque se dictaron hacia 1.930, como consecuencia de los escándalos financieros y bancarrotas de la época para dar limpieza y transparencia a los negocios especulativos y bursátiles y a las emisiones de acciones y obligaciones.

sa y poseedoras de participación mayoritaria en otras, están obligadas a presentar cuentas consolidadas, tanto más cuanto que en los últimos años las reglamentaciones de la mayoría de las Bolsas de Valores lo imponen.

En Gran Bretaña, la Ley de Compañías de 1.948 establece el principio de obligatoriedad para las "cuentas de grupo" (group accounts), pero, al mismo tiempo, dispensa a los administradores en ciertos casos, siempre que el Ministerio de Comercio (Board of Trade) dé su consentimiento (artº 105 de la citada Ley de 1.967).

En Alemania, mientras la antigua Ley de 1.937 autorizaba simplemente al Ministerio de Justicia para promulgar, de acuerdo con el de Economía, normas sobre la presentación de cuentas globales de konzerno al final del ejercicio, sin que Ministro alguno llegara a usar de esta facultad, en cambio la Ley actual establece un balance total obligatorio (arts. 329-331) e impone la redacción de una cuenta global de pérdidas y ganancias (arts. 332-333) con minuciosas indicaciones sobre la factura de entrambos documentos, si bien la nueva disciplina sólo afecta a las empresas cuyo capital pertenezca en más del cincuenta por ciento a la dominante o a varias del grupo. Es simplemente facultativa la inclusión de las demás, salvo en el caso de que "tengan su sede en Alemania y de que su inclusión conduzca a una estimación distinta de la situación patrimonial o de la rentabilidad del konzerno".

Suiza y Holanda se han incorporado decididamente al movimiento, mientras que en el mundo latino algunos grupos de dimensión sobresaliente balbucean la tendencia con ensayos un tanto elementales. Los ordenamientos positivos de Francia, Italia y España desconocen virtualmente el balance consolidado en la esfera del derecho de sociedades y sólo lo regulan, aún así a título simplemente facultativo, en la ór-

bita del derecho tributario.

Aunque no tenemos por qué vaticinar sobre la evolución de la figura, los datos disponibles parecen autorizarnos a predecir el triunfo final de las cuentas consolidadas al socaire del movimiento concentrador en las naciones industriales. Citemos de nuevo como síntoma sugestivo que el proyecto SANDERS de Estatuto de Sociedades Europeas obliga a las compañías dominantes a elaborar una cuenta anual y un balance "consolidado" (artº VII-2.3.).

9.- Consideraciones sobre el régimen jurídico de la fusión.-

Como ha dicho GARRIGUES (233), la fusión es "el grado máximo de la concentración", el culmen del proceso contemporáneo de aglutinamiento empresarial. Sea cuales fueren sus variantes y modalidades, se trata, en todo caso, de que se extingue una o más personas jurídicas para integrarse, ora en una de las sociedades preexistentes, ora en una nueva, y en eso estriba, como señala MOTOS GUIRAO (234), su mayor virtud, "porque los entes económicos ficticios desaparecen jurídicamente y se mantiene así la seguridad del tráfico, a diferencia de las simples uniones de empresas..." La fusión es por naturaleza una solución radical al problema de la competencia entre dos o más empresas, como el matrimonio de los herederos de la Corona lo era para los reinos rivales. Esa sinceridad, esa claridad sin nieblas ni eufemismos, explica por qué los diferentes ordenamientos nacionales, normalmente hostiles a las asociaciones o conciertos de empresas, a las "ententes", "combinations" y "Kartells", toleran, y estimulan incluso, la encarnación total de dos o varias unidades en una sola (si bien en los últimos tiempos apunta un movimiento de recelo e inquietud ante la magnitud del fenómeno, pero no lo bas

---

(233) "Formas sociales de uniones de empresas", en Revista de Derecho Mercantil, 1.947, I, pag. 51.

(234) "Fusión de sociedades mercantiles", Madrid, 1.953, Edit. Revista de Derecho Privado, pag. 6.

tante fuerte como para contrarrestar la tendencia favorable).

Ahora bien, ¿qué es una fusión? Quizá la definición más concisa y expresiva sea, dentro de la ciencia jurídica española, la siguiente de URÍA: "Acto de naturaleza corporativa o social, por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de algunas o de todas ellas, confunden y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad" (235). En realidad, es más bien un conjunto de actos de índole compleja, patrimonial e institucional a la vez. De ahí que la doctrina suela subrayar la pluralidad de elementos del proceso, del que cada autor o cada escuela subraya el que le parece esencial, relegando los restantes (236). No es nuestro propósito exponer ni valorar las distintas teorías, sino simplemente indicar los tres datos fundamentales de toda fusión (237):

= 1) Disolución, por lo menos, de una de las compañías en presencia;

= 2) Transmisión en bloque de los patrimonios a la sociedad fusiónante, es decir, una sucesión universal; y

= 3) Paso directo de los socios de las fusionadas a la fusiónante, mediante la contraprestación que reciben en forma de acciones de la segunda a cambio de quedar anuladas las acciones de los entes disueltos.

(235) "La fusión de las sociedades mercantiles en el derecho español", Revista de Derecho Mercantil, 1.946, pag. 216.

(236) MOTOS, op. cit., páginas 17-21, distingue, siguiendo a FARRI (La fusione delle società commerciali), pag. 514, Turín, 1.940, cinco grupos de teorías: A) La que ve en el fenómeno una forma especial de disolución de compañías (VIVANTE, NAVARRINI); B) La que la configura como contrato de constitución de una sociedad (THALIER); C) La que retiene como esencial el hecho de una transmisión social en virtud de sucesión universal inter vivos, y por tanto la no existencia de liquidación (ASCARELLI); D) La que define la operación como transformación extintiva de la sociedad (FERRARA, FISCHER) y, por fin, E) la que advierte una transmisión negocial del patrimonio de una sociedad a otra mediante la adquisición de la cualidad de sociedad de esta última por los de la sociedad transferente (WIELAND).

(237) JESUS RUBIO, op. cit., página 407.

Dos son las modalidades de fusión: creación de una nueva sociedad por dos o más existentes, que se disuelven, y absorción de una o más sociedades, que ipso facto se extinguen, por otra que subsiste, con el consiguiente aumento de capital en la casi totalidad de los supuestos. Superada hoy la tesis de que la segunda modalidad era una "fusión impropia", se reconoce unánimemente que la esencia es la misma en entrambas hipótesis. Como categóricamente observa MOTOS (238), "la desaparición de la pluralidad de titulares sociales, la confusión en uno de los respectivos patrimonios y la integración de los miembros de las sociedades fusionadas en un status unitario de socio son circunstancias que concurren, igualmente, en uno y otro supuesto", y, efectivamente, los ordenamientos positivos, someten a régimen jurídico común, con simples variantes de matiz, las dos figuras.

a). Problemas del régimen jurídico de la fusión.

Examinemos los aspectos susceptibles de facilitar o, por el contrario, de entorpecer los ayuntamientos empresariales, es decir, las disposiciones que puedan tender a simplificar el proceso y las que, en cambio, exijan requisitos y formalidades limitadoras. Seleccionemos tres puntos: la forma de las sociedades en presencia; la concepción que de la transmisión patrimonial adopten el legislador o los Tribunales, concepción que determina si habrá o no liquidación previa de la entidad absorbida o, en su caso, de todas las fusionantes; y, por último, en íntima relación con el apartado anterior, los derechos de los acreedores de las fusionantes o de la absorbida.

a' - Forma de las compañías en presencia.

Normalmente la fusión se da entre sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, y se celebra, además, con diversas formalidades que prescribe la Ley. Aho- (238) Op. cit., pág. 27.

nales la interrogante de si es posible la fusión entre una anónima y otra que no lo sea. o, en general, entre un ente con socios de responsabilidad limitada y otro cuyos miembros respondan sin limitación, cuestión delicada que afecta directamente a la garantía de cobro por parte de los acreedores de la segunda entidad.

Como señala la generalidad de los comentaristas, en principio es posible la fusión de cualesquiera sociedades, incluso las personalistas, aunque esto implique, como advierte URÍA (239), grandes dificultades para "la construcción jurídica unitaria de la fusión". Las soluciones establecidas por los textos legislativos y sugeridas por los mercantilistas distan de ser uniformes. Examinémoslas brevemente.

Los ordenamientos germánicos se caracterizan por un criterio restrictivo. Así el viejo Código de Comercio alemán, que, regulando únicamente la fusión por absorción, se refería sólo a la operada entre compañías por acciones, así como al supuesto de que la absorbente fuese comanditaria por acciones, silencio que, en general se interpretó como tácita exclusión de las restantes figuras societarias. La Ley de Sociedades por Acciones de 1.937, además de regular como figura nueva la modalidad de creación, extendió la posibilidad del procedimiento formal de fusión a otras formas de compañías, en términos que han sido casi literalmente reproducidos por la Ley de 1.965. En consecuencia, el derecho alemán admite expresamente las amalgamas entre las sociedades accionarias (arts. 339-352 de la Ley vigente), los ayuntamientos entre comanditarias por acciones y los que se hagan entre comanditarias por acciones y anónimas (artº 354); las absorciones de sociedades de responsabilidad limitada por entidades accionarias (artº 355) o por una coman-

---

(239) "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español", pág. 214.

de una sociedad minera por una compañía accionaria (artículo 357) o por una comanditaria de acciones (artº 358). Se deduce tácitamente a sensu contrario que no será posible, por una parte, la fusión de sociedades de responsabilidad limitada entre sí, ni tampoco la absorción de una compañía accionaria, sea anónima, sea comanditaria de acciones, por una entidad de responsabilidad limitada o de derecho minero. La conclusión es que el régimen formal de fusión (Verschmelzung) abarca a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones en todo caso, y sólo en ciertas condiciones a las de derecho minero y responsabilidad limitada, y excluye, por fin, radicalmente a las entidades personalistas, o sea, las colectivas y las comanditarias simples, actitud lógica si se tiene en cuenta que el sistema germano no reconoce personalidad moral sustantiva a las dos últimas formas.

El derecho holandés y el suizo adoptan soluciones análogas. Concretamente la doctrina helvética admite la posibilidad de absorción de cualquier entidad no accionaria por otra accionaria, mas no a la inversa, y el Código helvético acepta, incluso, la fusión de cooperativas, con un régimen muy parecido al de las sociedades anónimas.

Menos rígidos son, en cambio, los sistemas latinos. Por ejemplo, en Italia, siguiendo la tradición liberal del antiguo Código de Comercio, el Código Civil vigente admite implícitamente la fusión entre toda clase de sociedades mercantiles, tanto en el supuesto de creación como en el de absorción (240). En suma, según la Ley y la doctrina predomi

(240) El artº 2.498 prevé la transformación de una sociedad colectiva o comanditaria simple en anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, a condición de que sea por instrumento público, y el 2.504 da a entender que pueden fusionar cualesquiera compañías al decir que "si la sociedad absorbente o la nueva sociedad resultante de la fusión es una sociedad por acciones, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, la fusión deberá hacerse por escritura pública."

nante pueden fusionar no sólo sociedades personalistas, sino también compañías capitalistas con entidades de personas (241). En Francia, la doctrina ha interpretado tradicionalmente, en vista del silencio de la Ley, que la figura era válida para cualquier tipo de sociedades mercantiles. La nueva Ley de 1.966 ha resuelto toda duda al declarar (artº 72) que la fusión en cualquiera de sus dos formas, así como la escisión y la fusión-escisión, podrán realizarse entre sociedades de forma diferente, recogiendo, además el sentir general de la doctrina al disponer (artº 373) "... si la operación proyectada tiene como efecto aumentar las obligaciones de socios o accionistas de las sociedades en cuestión, sólo podrá ser acordada con unanimidad de dichos socios o accionistas".

En España, la interpretación general, antes de publicarse la Ley de Sociedades Anónimas, era que, en vista de la ausencia de prohibición en el Código de Comercio (artº 175, nº 4) y en el Reglamento del Registro Mercantil (arts. 138 y 139), podía realizarse la fusión de toda clase de sociedades mercantiles. La ley de 1.951 modifica la situación, reservando la figura a los supuestos de dos o varias entidades accionarias, así como a la hipótesis de que se amalgamen sociedades de cualquier clase, siempre que la resultante, o, en su caso, la absorbente, sea una compañía anónima (242). El artículo 142, dice, en efecto, en su primer inciso: "La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima se realizará acordando previamente cada una de ellas su disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a

---

(241) Ahora bien, si la fusión implica que una sociedad de capitales quede transformada en otra personalista, juzga la doctrina que sería necesario el acuerdo unánime y no, simplemente, una mayoría cualificada.

(242) En efecto, la Exposición de Motivos dice: "Y, por otro lado, se ordena parcialmente el fenómeno de la fusión de sociedades contemplando exclusivamente aquellos supuestos que giran en torno a la sociedad anónima como forma externa de la empresa única resultante de la gestión."



fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más Sociedades por otra anónima ya existente, .....".

Digamos, por fin, que los sistemas anglosajones son bastante liberales en la materia, a lo que en parte contribuye el hecho de que no han tratado de construir un concepto formalista de la fusión, contentándose con regular el fenómeno de modo esporádico y flexible.

El examen anterior revela que las leyes de sociedades son, en conjunto, de criterio amplio al trazar el ámbito de la fusión, ya que no la reservan estrictamente a las compañías anónimas, sino que la extienden, con ciertos matices y condiciones, a otras formas de sociedad capitalista, y en algunos casos, incluso, a las sociedades ~~per~~sonalistas, actitud que, en principio, supone notables facilidades legales para la concentración de unidades económicas pequeñas o medianas en grandes complejos.

b' - Problemas específicos de transmisión patrimonial.

Dicho queda que una de las notas esenciales de la fusión es la transferencia global del activo y pasivo, bien de la sociedad absorbida a la absorbente, bien de las fusionantes a la de nueva planta. Mas la traslación tiene que hacerse de cierta forma para que el mecanismo pueda ser calificado propiamente de fusión. En principio, cabe una serie de transferencias de los diversos elementos y bienes, cada una según las reglas propias del objeto transmisible. También en este caso se operaría un cambio de propiedad del patrimonio entero, pero no estaríamos ante una verdadera fusión, al no haberse aplicado el procedimiento idóneo, que requiere el traslado uno actu. Según la fina distinción de MOTOS (Op. cit., pág. 52), se habría transmitido "todo el patrimonio", pero no el patrimonio "como un todo"; se habría hecho una transferencia a título singular, no una transmisión in universum ius.

Un largo debate académico, si bien de ineludible repercusión en el derecho positivo, ha ocupado los desvelos de la doctrina acerca de si la traslación patrimonial en caso de fusión es una transferencia a título singular o si, por el contrario, constituye una operación a título universal. Si se acepta la primera tesis, hay que aceptar lógicamente sus consecuencias: descomposición del proceso en un sinfín de negocios jurídicos concretos para el traslado de cada uno de los elementos. Así, los bienes muebles se transmitirían con sus características peculiares, a tenor de contratos determinados, y aún así, los títulos-valores tendrían régimen aparte; los bienes inmuebles se enajenarían por título y modo específicos; los derechos sobre bienes inmateriales (patentes, marcas comerciales, nombre comercial, etc.) mediante procedimientos a cuál más complejo; los créditos por cesión, las deudas por "novación subjetiva", es decir, cambio de deudor, según el Código Civil (artº 1.205).

Las exigencias del tráfico moderno, rapidez y simplicidad ante todo, son incompatibles con la doctrina de la transmisión a título singular, nacida al calor de las circunstancias y concepciones decimonónicas. De ahí que la ciencia mercantilista elaborase pronto una nueva teoría, la transmisión universal, hasta el punto de que hoy son legión quienes, por analogía con la herencia, hablan de sucesión universal.

A favor de ella, hay otras consideraciones de no menor importancia, concretamente las suscitadas por el problema de los acreedores de las sociedades absorbidas (o de las fusionantes, en el supuesto de creación de entidad nueva). Si partimos de una óptica particularista, diagnosticaremos una simple novación por cambio de deudor, y esta novación no podría darse sin consentimiento del acreedor. En la hipótesis normal de que fuesen varios los acreedores, bastaría con que uno de ellos se opusiera de mala fe, para que la fusión no se realizara, a

incluso desde el punto de vista de los acreedores de la sociedad absorbente, que en principio no necesitan garantía alguna, caben dificultades, como señala MOTOS (op. cit., página 56), en el supuesto, por ejemplo, de que la compañía deudora adquiriera la sociedad B, cargada de deudas o de pérdidas con la esperanza de restablecer la situación y dar prosperidad al negocio. Los acreedores de la primera quedarían a las resultas de la operación y forzados a compartir su suerte con los de B, los cuales verían, en cambio, mejoradas sus garantías. La teoría de la transmisión singular es de todo punto insuficiente para resolver semejante hipótesis.

Ahora bien, el inconveniente máximo de la teoría es la necesidad de abrir un proceso liquidatorio en las sociedades absorbidas o en todas las fusionantes, como paso previo a la fusión. Habría, por lo tanto, que pagar primero a los acreedores, a menos que consintiesen expresamente en la operación. Este es el resultado al que ha llegado, por ejemplo, el ordenamiento belga (243). En Francia, el pensamiento y la práctica mercantilistas abocaron al mismo resultado: entender la fusión como simple aportación de activo y negarle el carácter de transmisión universal, así como exigir la liquidación previa del patrimonio del ente adquirido, si bien la causa no fue exclusivamente de orden doctrinario, sino también fiscal: el propósito de mitigar los rigores de una legislación tributaria que gravaba, en el seno de las sociedades absorbentes, las deudas o el pasivo de las absorbidas como si se tratara de una venta, por lo que se ideó el procedimiento de liquidar las sociedades absorbidas vendiendo partes del activo hasta agotar el pasivo, tras lo cual el liqui-

---

(243) Cfr. JEAN-G. RENAUD, "Les fusiones de sociétés en droit belge", en Rapports au Colloque International de Droit Européen, páginas 47-51.

En cambio, el corolario inmediato del planteamiento universal es la ausencia del mecanismo liquidatorio. Precisamente GARRIGUES ha definido la fusión como un supuesto de disolución que, excepcionalmente, no implica liquidación de la sociedad (245). Es evidente que, si la entidad adquirente sucede a la adquirida en todos sus derechos y obligaciones, subrogándose en su lugar frente a los acreedores, ya no tiene razón de ser la operación liquidatoria.

Por eso, la mayoría de los ordenamientos positivos consagran la solución preconizada por la tesis universalista, o sea, la ausencia de liquidación, bien haciendo constar la no necesidad de la operación, bien estableciendo que por el solo hecho de la fusión la entidad absorbente o, en su caso, la de nueva planta sucede a la absorbida en la totalidad de sus derechos y obligaciones. Ejemplos del primer supuesto son la Ley alemana (artº 339, párr. 1) y el Código suizo de obligaciones (artº 749), así como el proyecto de Estatuto de Sociedades Anónimas Europeas (artº XI-1-1). Ejemplo del segundo caso es el Código civil italiano (artº 2.504, último párrafo: "La sociedad absorbente o la que resulte de la fusión asumirá los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas"). La Ley francesa de 1.966, visiblemente influida por la doctrina contemporánea (WAHL, RIPERT, etc.), adopta el enfoque universal (artº 381): "La sociedad absorbente será deudora de los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida en vez y lugar de ésta ..., sin que esta sustitución implique novación frente a aquéllos". A mayor

---

(244) De ahí que ciertos autores (LYON-CAEN, RENAULT, ESCARRA, etc.) hayan afirmado que en el caso de que la fusión lleve consigo la aceptación del pasivo de la absorbente, la operación se descompone en dos partes: hasta la concurrencia del pasivo con el activo hay una venta, y solamente se exige la aportación en lo relativo al resto (MOTOS, op. cit., página 62).

(245) "Tratado de Derecho Mercantil", pág. 1.270, párr. 517.

abundamiento, añade (párrafo 4 del mismo artº): "La oposición formulada por un aceedor no tendrá por efecto la prohibición de que prosigan las operaciones de fusión", con lo que implícitamente se declara innecesaria la liquidación.

Por fin, en lo que toca al derecho español, la doctrina dominante no sólo considera superflua la liquidación, sino que, incluso, la califica de incompatible con la fusión (GARRIGUES, URÍA, MOTOS). En el campo opuesto la única posición de relieve es la de LANGLE, que no ha ido más allá de afirmar que ambas figuras no se excluyen forzosamente, conclusión impugnada por MOTOS (op. cit., págs. 249-252), quien niega el carácter de verdaderas hipótesis de fusión a los casos invocados por aquél. RUBIO defiende una concepción matizada (op. cit., págs. 409-410), en el sentido de que es posible una liquidación "a consecuencia, por ejemplo, de un convenio expreso entre las sociedades que se fusionan, tendente a descargar el patrimonio incorporado de todas o parte de sus deudas, sin perjuicio de que, si luego aparecen otras, responda de ellas la sociedad fusionada", pero en lo fundamental se alinea con la tesis negativa.

En cuanto al derecho positivo, el Código de Comercio establecía con carácter general que toda disolución de sociedad llevaría aparejada la liquidación, sin hacer excepción alguna, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo afirmó en varias sentencias la no necesidad de proceso liquidativo (por ejemplo: la de 2 de octubre de 1.942), así como el carácter universal de la transmisión patrimonial, y la Dirección General de los Registros se pronunció en el mismo sentido. Ahora bien, la Ley de Sociedad Anónimas ha disipado toda duda (artº 142), al consagrar el carácter universal ("traspaso en bloque") de la transferencia patrimonial y el automatismo de la asunción por la entidad absorbente, o en su caso la de nueva planta, de los créditos y débitos de la absorbida o de las

proceso liquidativo del supuesto de fusión o absorción o del de "cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo".

Una vez más, se ha demostrado el íntimo engranaje entre evolución de la economía y evolución **doctrinal**, judicial y legislativa del derecho de sociedades. Cuando la fusión no se daba en gran escala, los Códigos no la regulaban o la despachaban, a lo sumo, con unos artículos relativos a transformación de la sociedad, y generalmente a título de transferencia singular. Al socaire, sin embargo, de los aglutinamientos empresariales, el pensamiento mercantilista y en pos suyo el ordenamiento positivo, reaccionan y adoptan las reformas idóneas para la agilidad y sencillez de la operación. Pero no se ha detenido aquí el proceso, sino que las recientes ordenaciones de diversos países, como Francia, Alemania, etc., extienden expresamente a las sociedades disueltas y en trance de liquidación la posibilidad de concertar fusiones mediante la transferencia integral de su patrimonio. Según la doctrina española (GARRIGUES, MOTOS) también será posible este caso en el marco de nuestra legislación.

c' - Derechos de los acreedores de las sociedades fusionantes o absorbidas.

Es un punto que guarda relación indirecta con la médula de nuestro estudio, en el sentido de que la regulación de cada ordenamiento influirá en el coeficiente de rapidez, y sobre todo de seguridad jurídica, con que quepa abordar las operaciones concentradoras. Por otra parte, el tema está íntimamente ligado al pronunciamiento sobre el carácter singular o universal de la transferencia patrimonial, tratado en el apartado anterior.

Desde el punto de vista del acreedor de una compañía mercantil, toda fusión del ente con otros para constituir uno nuevo, o bien su absorción por otro, implica un

cambio de deudor, susceptible de infundirle desconfianza o inquietud. La cuestión sería intrascendente dentro de un régimen de transmisión singular, caso en el que se procedería ante todo a una liquidación sistemática de cada uno de los elementos del pasivo, pero que cobra significado y gravedad al imponerse la tesis universalista, que precisamente excluye el trámite liquidativo.

Evidentemente cabría una solución extremosa y simplista: conceder al acreedor el derecho de oponerse lisa y llanamente a la fusión. Pero, desde el punto de vista de la economía nacional, el recurso sería impracticable, y harto discutible en el área de los argumentos jurídicos, pues, al fin y al cabo, las compañías son soberanas. Ahora bien, tampoco es satisfactoria la fórmula de que los créditos se dirijan sin más contra la absorbente Y o, en su caso, la nueva entidad Z, que X contribuye a fundar. Lo justo y racional es conceder al acreedor de X, incluso al que lo sea de la adquirente Y, la facultad de reclamar bien la devolución de lo que se le debe, bien, por lo menos, una garantía o fianza de que se le pagará en el plazo estipulado, reclamación que se deberá ejercitar previamente a la consumación del proceso de fusión, bien entendido que, si en un plazo legalmente fijado el acreedor no reclama, se presume que acepta el cambio de deudor, y que mientras corra el plazo, la fusión no podrá consumarse.

Restrictivo en apariencia, el régimen de garantías es, en realidad, un factor de seguridad y comodidad, tanto para las propias empresas como para sus acreedores. En efecto, es beneficioso para la compañía que se fije taxativamente un período que no sea tan largo como para perturbar el tráfico comercial, para que el acreedor exija el pago o el afianzamiento previamente a la fusión, a cambio de lo cual, expirado ese lapso, el acreedor tendrá una simple acción judicial ordi

de coartar el proceso concentrador, la regulación del mal llamado derecho de oposición del acreedor facilita y acelera las cosas, aparte de que la Ley suele conceder a las sociedades deudoras el derecho a reembolsar los créditos no vencidos, aun contra la voluntad del acreedor (por ejemplo: la Ley española de 1.951, artº 145, inciso final).

Durante largas décadas, algunos ordenamientos positivos vivieron ayunos de todo sistema específico de garantía, concretamente aquellos que apenas regulaban la figura de la fusión, como la Ley francesa de 1.867 y el Código español de Comercio, dando lugar, como se ha visto, a que la doctrina adoptase la tesis de la transmisión singular y sus dos consecuencias ineludibles: por una parte, la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores de la sociedad absorbida o de las fusionantes como conditio sine qua non para la operación; por otra, la imposibilidad, una vez consumada la fusión, de reclamar contra la sociedad absorbente o la de nueva planta. La vida de los negocios fue espontáneamente marginando tan gravosas e impracticables limitaciones, ya que se solían concertar fusiones sin preaviso si quiera a los accionistas, quienes, a su vez, dejaban en la mayoría de los casos que la operación se consumase sin formular oposición. Por su parte, la jurisprudencia y sectores cada día más numerosos del pensamiento mercantilista aceptaban paulatinamente la idea de que la fusión opera una transferencia universal y de que, por lo tanto, es posible reclamar contra el patrimonio de la compañía incorporante o el de la sociedad nueva. A pesar de titubeos, vacilaciones y saltos atrás, los Tribunales franceses y españoles lograron lo esencial de su propósito (246), si bien hubo que esperar allen

---

(246) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyos jalones han sido las Sentencias de 30.12.1882, 31.12.1.883, 21.6.1989, 16.6.1.908, y sobre todo, la de 27.3.1.920, vide GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", págs. 1.292-1.296.



de los principios de la Ley de Sociedades Mercantiles de 1.900, y en España a la de Sociedades Anónimas de 1.951, para que se disipara toda incertidumbre jurídica.

La Ley francesa esboza una solución original hasta cierto punto, declarando a la entidad absorbente automáticamente subrogada en las deudas de la absorbida (artº 381), y ~~comediendo~~, además, acción tanto a los acreedores de la absorbente como a los de la absorbida para recurrir ante los Tribunales en el plazo que se fije por Decreto. Sin embargo, para prevenir abusos, la Ley establece que la oposición formulada por un acreedor no impedirá que prosigan las operaciones. El mismo régimen se aplica a las sociedades nuevas respecto a las obligaciones de las fusionantes.

Otra fórmula que goza de predicamento es la separación de patrimonios, diseñada por el antiguo Código alemán de comercio, en virtud de la cual durante un año a partir del requerimiento hecho por la sociedad absorbida a sus acreedores para que presentaran sus créditos, el patrimonio de la entidad tenía que ser administrado independientemente por la incorporante, y sólo al cabo de doce meses se verificaba la unificación. Se hacía, además, personal y solidariamente responsables a los miembros del Directorio y del Consejo de Vigilancia de la absorbente. La doctrina juzó que el sistema era demasiado severo con la compañía disuelta, y que, si bien tutelaba a sus acreedores, se desentendía, en cambio, de los de la absorbente, y que en último término resultaba engorroso. El método sigue, a pesar de todo, vigente en Suiza, no así en Alemania, donde ya la Ley de 1.937 renunció a la fictio iuris de la administración separada, estableciendo como norma general la responsabilidad de la compañía adquirente y disponiendo en favor de los acreedores de la adquirida (sólo de la adquirida) que, siempre que no pudiesen pedir el pago de sus créditos (por no haber vencido o estar sujetos a plazo o término,

etc.), la entidad incorporante debería prestarles garantías, con tal que lo solicitasen en el plazo de seis meses a partir de la inscripción del acto de fusión en el Registro Mercantil. Se mantiene un riguroso régimen de responsabilidad solidaria para los administradores de entrambas compañías. La Ley de 1.965 reproduce en lo esencial las disposiciones de 1.937 (247).

Es interesante el sistema llamado del plazo de oposición, elaborado por el derecho italiano, y adoptado por México y Portugal. Consiste, según el Código italiano antiguo de Comercio, en conceder a los acreedores un plazo determinado a partir de la publicación del acuerdo de fusión para oponerse a ella. La fusión no se puede ejecutar, por lo tanto, hasta que transcurra ese plazo, salvo que conste el pago de todas las deudas sociales o el depósito de las sumas correspondientes por vía judicial o en la Caja de Depósitos y Consignaciones, o bien, por último, el consentimiento de todos los acreedores. El vigente Código civil italiano ha mantenido el sistema, introduciendo mejoras, por ejemplo, la de hacer extensivo el derecho de oposición a los acreedores de la entidad absorbente y conceder a los Tribunales la facultad de disponer que la fusión tenga lugar, no obstante la oposición, previa prestación por parte de la sociedad afectada de una adecuada garantía, amén de reforzar las medidas de publicidad que pesan sobre cada una de las entidades para que los acreedores puedan conocer lo mejor posible la situación patrimonial en el momento del acuerdo de fusión.

La Ley española de Sociedades Anónimas ha optado resueltamente por el sistema italiano, al disponer (artº 145) que la oposición se podrá realizar antes de que transcurran tres meses desde el último anuncio en el Boletín Oficial del Estado y en los periódicos de gran circulación de la provincia

(en tres números consecutivos, según el art. 134). Si durante ese plazo algún acreedor se opone por escrito a la fusión, ésta no puede llevarse a cabo sin que se aseguren previamente los derechos de aquél, quien no podrá oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos. La Ley 83/1968, de 5 de diciembre, ha reducido a un mes el plazo para las sociedades que fusionen gozando de los beneficios de la Acción Concertada o bien de las bonificaciones fiscales de las normas sobre Concentración de Empresas (248).

La cronología de las reformas examinadas demuestra que las fórmulas de simplificación se han dictado coincidiendo con momentos de auge del impulso concentrador y, sobre todo, con programas de política aglutinadora de las grandes empresas por parte de los Poderes públicos. En Francia, la Ley de 1.966 se ha promulgado en plena campaña de reorganización de la industria básica, dentro del marco del Plan de Desarrollo; en Italia, el Código Civil se promulgó por un Gobierno que fomentaba la creación de grandes complejos fabriles, y en la España de 1.968, el Segundo Plan de Desarrollo Económico-Social se proponía como objetivo primordial readaptar la dimensión de las empresas.

b). Consideración de las fusiones entre sociedades de distinta nacionalidad.

Es el único aspecto en que realmente cabe decir que el derecho de sociedades vigente en la mayoría de las naciones desarrolladas acarrea una rémora, en vez de un estímulo, al proceso concentrador. En este punto, sigue vigente el nacionalismo económico, aunque se adviertan tenues síntomas de relajamiento en aras de los grandes bloques internacionales: la mayoría de los ordenamientos continúan, con excepciones significativas, como Italia, aplicando la "ley del embudo", es de-

---

(248) Vide infra, Capítulo IV.

geras por una compañía nacional, así como toda constitución en el solar nacional de una nueva entidad por fusión de varias extranjeras, y no reconociendo, en cambio, o dificultándola en lo posible, la absorción de una compañía propia por otra extranjera, o la disolución de aquélla para integrarse con otras en el seno de una nueva sociedad foránea.

Para justificar doctrinalmente "el egoísmo sagrado" de las legislaciones mercantiles, se ha invocado, por ejemplo, en el derecho francés, que la mayoría de los socios no tiene derecho a modificar la nacionalidad de la compañía (249), argumento que no es convincente, ya que la sociedad absorbida queda, por definición, disuelta. No hay, pues, cambio de nacionalidad, ni se traslada la sede social al extranjero. Por otra parte, ciertos ordenamientos nacionales prevén que la sociedad en trance de absorción conserve parcialmente su activo, como se ha comprobado, para pagar sus deudas antes de que se consume la integración, lo cual implica que durante determinado lapso no pierda su ser ni su nacionalidad.

Hay, no obstante, un poso de verdad en el planteamiento, pues como consecuencia de la operación cada accionista de la sociedad adquirida se convierte ipso facto en socio de una sociedad de distinta nacionalidad, problema grave, especialmente en los sistemas que no reconocen al socio disidente derecho a retirarse (por ejemplo Francia), y la misma cuestión se plantea para los acreedores de la entidad disuelta, que van a ver sus derechos y garantías regulados por un ordenamiento extraño y en principio desconocido (250).

---

(249) Cfr. ROGER HOUIN, "Rapport général", en "Rapports au Colloque international de Droit européen", Bruselas, 12-14 de octubre de 1.961, págs. 24-25.

(250) Cita HOUIN en su "Rapport général" el caso de una Sentencia del Tribunal del Sena, que, a título excepcional, concedió a los accionistas franceses de una sociedad absorbida por otra extranjera el derecho a separarse de la entidad.

los Estados acuden a convenios bilaterales para garantizar la defensa de los súbditos del uno que sean accionistas o acreedores de sociedades sometidas a la jurisdicción del otro. Más consideración y alcance tendría, en cambio, la fórmula de una Ley Uniforme por convención multilateral, igual que se ha hecho para la letra de cambio, pero hasta ahora no se ha firmado Tratado alguno en la materia.

El único precedente de relieve, aún así con perspectivas precarias hoy por hoy, es el Tratado de Roma, creador del Mercado Común, que, por una parte, faculta (artº 100) al Consejo de Ministros para establecer directrices tendentes a la "armonización" (rapprochement) de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros que tengan incidencia directa sobre el establecimiento o funcionamiento del mercado comunitario, y por otra, prevé la coordinación de las garantías que se exijan a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros, obligando, incluso, a las naciones integrantes a entablar negociaciones para asegurar la posibilidad de fusión a las sociedades que pertenezcan a distintas nacionalidades dentro de la Comunidad (artº 54, apartado g). Fruto de estas previsiones ha sido, precisamente, el Proyecto SANDERS, que yace hoy relegado en las oficinas de la Comunidad Económica Europea en Bruselas, víctima de la desunión política de la "pequeña Europa". La realidad es que el Mercado Común no ha logrado siquiera el objetivo mínimo de un régimen de garantías a socios y acreedores, con la paradoja de que, mientras se frena y entorpece el movimiento de concentración comunitaria, los grupos norteamericanos se instalan con toda facilidad en uno cualquiera de los centros de la Comunidad (preferentemente, Bruselas, Luxemburgo o Francfort), estableciendo en él una holding financiera, desde la cual dirigen diversas sociedades filiales o "participadas"

La increíble maleabilidad del derecho de sociedades brinda al movimiento concentrador, verdadero Proteo de la morfología social, una variedad inagotable de fórmulas que consiguen los mismos resultados económicos que la fusión, prescindiendo, al mismo tiempo, de algunas de sus formalidades. De ahí el nombre de fusiones impropias empleado por algunos autores. Normalmente se clasifican tomando por punto de referencia la fusión propia, según cuál de sus elementos o requisitos esenciales deja de darse en cada hipótesis. Es, pues, una clasificación negativa, un encuadramiento por exclusión, donde lo que cuenta es el elemento ausente. El intento más concienzudo se debe a MOTOS, si bien ofrece aspectos discutibles por la excesiva amplitud con que, a nuestro juicio, incluye figuras que, en rigor, no son siquiera funciones impropias, por ejemplo, las uniones de empresas.

A) Cesión de todos los negocios a otra sociedad, subsistiendo la transmitente para liquidar sus obligaciones.

Aquí no hay fusión, por faltar el dato decisivo, que es la disolución de una, al menos, de las compañías en presencia. Tampoco hay sucesión a título universal, toda vez que no se transmiten las obligaciones.

B) Unión de patrimonios y contabilidades bajo dirección única.

También falta aquí la nota de disolución de una, por lo menos, de las compañías. El supuesto constituye, por otra parte, una forma frecuente de manifestación del dominio de empresas (en España, Sentencias del Tribunal Supremo de 8.VII. de 1.946 y 28.XII de 1.950).

---

(251) Para una exposición sistemática del problema, cfr. MEYNAUD-SIDJANSKI, "La Europa de los negocios", traducción española por Instituto de Ciencias Sociales, Diputación Provincial de Barcelona, 1.968.

dad.

El carácter de la operación ha sido tema de polémicas, pero es claro que, aun siendo el establecimiento económico el soporte material de la sociedad mercantil, no hay fusión por el simple hecho de que aquél se transfiera, mientras la sociedad, a su vez, no se disuelva.

Otras figuras contradicen el principio de transmisión universal:

A) La transferencia parcial del patrimonio..- El supuesto normal es el traslado del activo, quedando la sociedad transmitente obligada a extinguir su pasivo. Es la figura que los franceses llaman "apport partiel d'actif". Falta no sólo el requisito de la disolución de la entidad transferente, sino también el de transmisión a título universal del conjunto del patrimonio, tanto pasivo como activo.

B) La transmisión a título singular del patrimonio..- No constituye verdadera fusión la venta del patrimonio de una compañía a otra, aunque se haga en bloque. Como apunta URÍA (252), se dará una de estas dos hipótesis: o bien la sociedad que vende permanece como entidad moral, y en este caso no puede haber fusión, o bien se disuelve y además es liquidada, recibiendo sus accionistas su cuota correspondiente, y no hay tampoco fusión porque implica precisamente ausencia de liquidación. A veces el precio se paga en acciones de la compradora, hipótesis que ha sido bautizada con el nombre de "fusión-venta", de la que más adelante trataremos.

Contradicen el principio de ausencia de liquidación:

A) El supuesto de que la sociedad absorbida se obligue a liquidar su patrimonio para convertirlo en efectivo y entregarlo en la Caja de la absorbente. Si la contraprestación de (252) "La fusión de Sociedades Mercantiles en el Derecho Español", Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1.946, página 234.

cie no se plantea siquiera cuestión alguna de analogía con la fusión formal. En el supuesto de que la entidad adquirente pague con acciones suyas o derechos de socio, cabe formular la interrogante. En primer lugar, en cuanto a la naturaleza del pacto, no responde este tipo de convenio, por lo demás insólito, a la finalidad normal de una fusión, a saber, "la transmisión de un patrimonio investido de una función industrial, no la transferencia de un patrimonio liquidado, y evitar los perjuicios de una liquidación sin daño de los acreedores" (253).

En segundo lugar, examinemos si cabe o no incluir la figura dentro de los supuestos de fusión propia. Ciertamente se da en ella también la nota de no existir un proceso liquidatorio. Mejor dicho, hay liquidación, pero incompleta: concretamente se cumple la primera fase, que consiste en cobrar los créditos y pagar las deudas, en realizar el patrimonio social; pero falta el último estadio, ya que no se reparte el activo neto a los socios, sino que se ingresa en la Caja de la compañía absorbente contra acciones de ésta. Procedimiento muy semejante, en suma, a la aportación de activo neto que tradicionalmente se seguía en Francia (hasta la reforma de 1.966), si bien con una diferencia muy marcada, pues en la modalidad francesa se aportaba el activo neto in natura en cuanto se había saldado el pasivo, mientras que en nuestra hipótesis se realiza por completo el patrimonio y lo único que no se efectúa del proceso liquidativo es la división final y correspondiente adjudicación a los socios. La solución definitiva del caso depende, en realidad, (MOTOS, op. cit., pág. 97), de la postura que adoptemos respecto al problema ge-

---

(253) VIVANTE, "Tratado de Derecho Mercantil", traducción española, Reus, 1.932, MADRID, tomo II, pág. 518 y nota 1 (citado por MOTOS, op. cit., pág. 96, in fine).



hallen en liquidación.

B) Fusión de sociedades en liquidación.— Se discute sobre la procedencia o no de calificarla como fusión verdadera, como consecuencia de la opinión dominante sobre incompatibilidad entre fusión y liquidación.

Los puntos de vista varían según la perspectiva nacional. Así, la doctrina francesa tradicional no se ha planteado siquiera el problema, ya que, o bien consideraba la fusión como una manera de liquidar, o bien afirmaba que la liquidación era trámite indispensable para fusionar. En cambio, en los sistemas que, como el alemán y el italiano, excluyen el trámite liquidatorio, se suscita plenamente la interrogante. En Italia, mientras unos han defendido con intransigencia la tesis radical de incompatibilidad, otros apuntan la posibilidad de que se refundan sociedades en trance de liquidación con tal de que el acuerdo se tome antes de iniciarse la distribución a los socios del haber social liquidado. En Alemania, prepondera la tesis de que es factible la fusión de compañías en fase liquidativa, toda vez que ésta no supone forzosamente la disolución, sino que es un medio para perfilar las relaciones jurídicas de la entidad, aparte que no es un estado definitivo pues, en cualquier momento, puede interrumpirse y volver el ente a su vida normal. Realmente es cuestión de apreciación judicial. La jurisprudencia fija el límite en el punto en que la liquidación haya avanzado tanto que la masa patrimonial esté reducida a dinero, caso en el que ya no será posible la fusión. Esta es, igualmente, la opinión mayoritaria de la doctrina española.

Cabría, por último, citar algún supuesto especial no previsto en la clasificación que antecede, por ejemplo, la adquisición por una sociedad de todas las acciones de otra,

alcanzado cierta importancia (254) y que tampoco constituye propiamente una fusión, porque los socios de la entidad comprada no ingresan directamente en la compañía adquirente, al no ser indemnizados con acciones de ésta, sino en metálico o de otro modo.

a). La llamada fusión-venta.

Así se denomina el supuesto de que se compre en bloque el patrimonio de una sociedad, que luego se disuelve, a cambio de acciones de la compañía compradora; en otras palabras, se paga a los socios de aquélla no con dinero, sino con títulos. En apariencia, cabe hablar de fusión, pues se da la unificación de personalidades jurídicas y los accionistas de la entidad adquirida pasan a serlo de la compradora. Sin embargo, la doctrina dictamina, en general, que no se trata de una fusión stricto sensu, porque mientras en la verdadera los socios de la compañía absorbida reciben directamente, y no a título derivativo, las acciones de la adquirente, en la fusión-venta la transmisión tiene signo derivativo, puesto que la sociedad en trance de extinción recibe esas acciones como precio de venta de su patrimonio, y luego las entrega a sus socios como cuota de liquidación.

b). La adquisición del total de acciones o capital de una sociedad.

Es supuesto muy frecuente de maniobra concentracionista, practicada por grupos financieros o grandes compañías, que, bien en propio nombre, bien por intermediarios o testafierros, hipótesis más corriente, compran en Bolsa los títulos de una entidad hasta reunir la mayoría y conseguir forzar, si cabe, la compra de los paquetes restantes.

Como incidentalmente se ha visto a propósito de los

combinado, la legislación alemana ha elaborado un régimen jurídico especial para las sociedades cuyo capital esté íntegramente en manos de otra, si bien de forma no enteramente imperativa, bajo el título de "incorporación" (Eingliederung), autorizando concretamente (artº 319) a toda sociedad accionaria cuyos títulos estén totalmente en manos de otra a decidir integrarse en el seno de la segunda, previo acuerdo con mayoría de tres cuartas partes del capital representado en la Junta General. Así como la fusión sólo tiene efecto a partir del momento en que la aprueben todas las compañías interesadas, así también la incorporación rige estrictamente a partir del instante en que dé su asentimiento la Junta General de la sociedad principal o incorporante. Igual que en la fusión, se admite la excepción a este requisito, a saber, el caso de que se halle en poder de la incorporante el noventa por ciento de las acciones. A los acreedores de la integrada se les concede, a semejanza del régimen de absorción (Aufnahme), un semestre para exigir el afianzamiento de sus créditos, y, por último, la Ley dispone que, a partir de la incorporación, la compañía integrante responderá de las obligaciones de la subordinada, incluso de las contraídas antes de entrar en vigor el nuevo régimen, y tendrá derecho la sociedad principal a dar "instrucciones" (Weisungen) al Directorio de la incorporada en relación a la conducción de los negocios.

c). Conclusiones.

Algunos ordenamientos empiezan a regular expresamente ciertos tipos de fusiones impropias, ya que un vacuum legis en la materia serviría -de hecho sirve ya- para encubrir maniobras éticamente objetables. Creemos que la extensión a las figuras examinadas de los requisitos de publicidad de la fusión propia, así como de cierta comunicación

de responsabilidad, eliminaría toda tentación de acudir a estas operaciones para esquivar el régimen de fusiones o de grupos.



## C A P I T U L O IV

### LOS FACTORES JURIDICO-FISCALES DE LA CONCENTRACION.

#### 1.- Introducción de la neutralidad al intervencionismo.-

El derecho de sociedades -como se ha visto en el Capítulo anterior-, el ordenamiento de patentes y de propiedad y las leyes anti-monopolio ofrecen cauces o, según los casos, imponen límites y barreras al desarrollo de los órganos productivos y comerciales en función de influencias indirectas, las cuales actúan sobre la forma institucional y no sobre el contenido de las relaciones mercantiles. En otras palabras, las normas jurídicas modelan y acotan el marco o terreno de juego, dan unas reglas comunes y pueden, incluso, de manera general y uniforme, facilitar o estimular ciertas formas de organización económica con preferencia a otras, según se ha demostrado al examinar la reglamentación de la sociedad anónima. Ahora bien, lo que no puede ni debe hacer **el** derecho privado, dentro de un esquema de empresa libre, es conferir al Estado poder director, decisivo, material, para imponer tal o cual dimensión, tal o cual estructura, a una empresa determinada. Podrá favorecer o dificultar indirectamente la formación de compañías gigantes o las interconexiones de sociedades, pero sólo en ocasiones excepcionales determinará la decisión del empresario sobre la dimensión o independencia del centro productivo.

Abordamos ahora, en cambio, la influencia de los instrumentos de política financiera, y especialmente del sistema fiscal, en la forma, envergadura y aglutinamiento de las estructuras empresariales. Como ha explicado POHMER, "el Gobierno tiene la facultad de regular más eficazmente el vo-

ciones económicas que el Estado en sus diversas manifestaciones mantiene con las familias y las empresas, ya que toda intervención de las Corporaciones públicas en el metabolismo económico acarrea forzosamente dislocaciones en la producción, reparto y empleo de la renta" (255). La razón es clara: el manejo de las técnicas propiamente económicas incide directa e inmediatamente, mediante subvenciones, impuestos, bonificaciones, subsidios, créditos oficiales, contratos del Estado, etcétera, en el volumen de producción, el nivel de empleo, la estructura de costes y la capacidad de las unidades productivas.

La utilización de los medios fiscales ha descrito en el Estado moderno una trayectoria ascendente. Por una parte, si el siglo XIX conocía nieves minúsculos de presión tributaria, de acuerdo con la ideología del liberalismo económico, el siglo XX asiste al crecimiento abrumador de los gravámenes impositivos, como rasgo del llamado "Estado de bienestar", hasta el punto de que en las naciones más desarrolladas la succión de la "bomba fiscal" absorbe con frecuencia más del treinta por ciento de la renta nacional. Por otra parte, mientras en la centuria pretérita, en honor a los dogmas de política económica, vistosamente definidos por ADAM SMITH y JUAN BAUTISTA SAY, el Fisco mantenía a rajatabla el principio de "neutralidad tributaria", es decir, ajeno a todo lo que pudiera suponer discriminación entre los miembros del sistema económico, en cambio la política intervencionista de nuestros días manipula declarada y sistemáticamente los conceptos fiscales como incentivo para orien-

---

(255) "Steuerliche Beeinflussung der Unternehmungskonzentration", Tomo I del volumen colectivo "Die Konzentration in der Wirtschaft", Berlín, 1.960, publicado por el "Verein für Sozialpolitik", págs. 1.045-1.096.

tar la máxima suma de recursos hacia sectores de producción que se consideran prioritarios para el interés general o bien como obstáculo para frenar u suprimir las inversiones o, en su caso, el gasto consuntivo en los empleos que el Estado no juzga esenciales.

La fiscalidad, en resumen, ha crecido y además se ha hecho beligerante en la batalla del desarrollo económico. Precisamente se invoca como fundamento de esa beligerancia la necesidad de que el Poder Público estimule a las empresas a lograr el grado máximo de "racionalidad" productiva, meta que normalmente se cifra en el aumento de dimensión del ente empresarial y en el incremento de sus recursos financieros, según los esquemas teóricos de "dimensión óptima de explotación", "óptimo técnico", "masa crítica de negocio", etc. La política fiscal se ha resuelto, pues, en agente impulsor de la concentración, mediante un juego completo y no siempre congruente de exenciones, rebajas, aplazamientos de pago y otros privilegios tributarios. Es el caso de los países europeos en su inmensa mayoría -y sobre todo de España-, aunque no se hayan agotado, ni con mucho, las posibilidades en este campo.

Ahora bien, es inexcusable una advertencia análoga a la que hacíamos a propósito de la influencia del derecho de sociedades en el fenómeno de integración empresarial, a saber, que no todas las instituciones del derecho tributario favorables o propicias, en principio, a la concentración se han establecido deliberadamente con el objetivo de reagrupar o aglutinar, sino que algunas responden, ante todo, a finalidades más concretas y menos ambiciosas, si bien hayan terminado por incidir en la envergadura de las unidades económicas, en su funcionamiento y en sus relaciones mutuas de enlace o conexión. Así como hay supuestos de política fiscal confesada en favor de lo que se da en llamar, a menudo ne



rebajas en las fusiones de sociedades, existen también casos de que figuras y técnicas impositivas ajenas, a primera vista, al problema de las estructuras productivas y a toda opción político-económica, discriminen indirectamente ciertas formas o escalas de organización empresarial, como sucede con algunas modalidades del impuesto de ventas, por ejemplo, o del impuesto de sociedades.

## 2.- Verdadero sentido y alcance de los factores impositivos.-

### a). Su grado de importancia.

El influjo del sistema fiscal se ha estudiado con datos experimentales y concretos. Por ejemplo, en los Estados Unidos se ha comprobado que de 1.940 a 1.951 los dos quintos, por lo menos, de las ventas en bloque de empresas con activos comprendidos entre los 15 y los 20 millones de dólares, y como mínimo un tercio de las ventas de firmas con activos de 5 a 15 millones de dólares, fueron motivadas "en medida sustancial" por consideraciones tributarias, según un sugestivo estudio de BUTTERS, GARY y LINTNER (256), y en años recientes se elevan voces cada vez más enérgicas y numerosas en demanda de que se revise una legislación impositiva que, al parecer, facilita sobremanera fusiones y absorciones. Así, HELLERSTEIN escribía hace doce años (257):

"Los impuestos han desempeñado un importante papel en la motivación de fusiones (mergers) y otras agrupaciones de empresas (business combinations). Los propietarios del capital de compañías en poder de pocas manos (closely held com-

---

(256) J. KEITH BUTTERS, WILLIAM L. GARY y JOHN LINTNER, "Effects of Federal Taxation on Corporate Mergers" (Boston 1.951), trabajo del que se reproduce un buen resumen en el "Journal of Finance", Vol. VI, 1.951, con el título "Tax and non-tax motivations for mergers" (págs. 361-382).  
(257) JEROME HELLERSTEIN, "Mergers, Taxes and Realism", en "Harvard Law Review", Vol. 51, nº 2, diciembre de 1957,

tulo de plusvalía sobre el capital, o de soslayar el impuesto sobre los beneficios acumulados y allegar recursos activos líquidos para pagar los derechos sucesorios (death taxes), o de intercambiar libres de impuestos sus títulos de propiedad de círculo reducido (closely held stock) por papel de compañías cotizadas en Bolsa inmediatamente negociable (public companies). Las sociedades adquirentes han buscado otras a fin de comprar partidas deficitarias susceptibles de llevarse a nuevo ejercicio (net-loss carryovers) o activos de base alta (high-basis assets), o de invertir fondos excedentes amenazados por el impuesto sobre beneficios acumulados".

b). Su carácter relativo.

Ahora bien, es inexcusable formular reservas. En primer lugar, no se trata, en la inmensa mayoría de los casos, del factor único, sino de una causa coadyuvante a otras de naturaleza técnica o psicológica. Es raro, según los investigadores especializados, que una fusión o absorción se realice única o principalmente por motivos fiscales; por el contrario, la decisión de los empresarios se basa normalmente en un complejo de factores, entre ellos, eventualmente, la perspectiva de exenciones o ventajas del Fisco.

En segundo lugar, precisamente por "ser los impuestos sólo un componente entre los numerosos fundamentos positivos y negativos de las aglomeraciones del sistema económico"(258), no es posible aislar, matemáticamente hablando, el valor o el peso específico del elemento tributario en la estructura empresarial. Por añadidura, las causas y los impedimentos de este orden en el proceso concentrador no operan de modo fulgurante y espectacular, sino con ritmo regular y apenas visible (POHMER), y en estas condiciones, es empeño

---

(258) DIETER POHMER, "Steuerliche Beeinflussung der Unternehmenskonzentration", página 1.049.

de lo fiscal.

Tercero, la influencia del sistema impositivo no se ejerce casi nunca en una sola dirección, aglutinante o dislocadora, ya que sus diferentes figuras y conceptos, aplicados simultáneamente, suscitan tendencias contrarias o incongruentes sobre la dimensión o la forma orgánica de las unidades productivas. Por ejemplo, los impuestos directos pueden favorecer la integración vertical o la concentración horizontal, y al mismo tiempo los impuestos indirectos pueden discriminar o gravar excesivamente las operaciones de concentración, y viceversa. Incluso dentro de una clase o categoría determinada de tributo, acontece a menudo que mientras resultan favorecidas ciertas formas de concentración, otras soportan mayor gravamen o, simplemente, no reciben ventaja o prima alguna, como ocurre en los Estados Unidos, cuyas grandes "corporations" rarísima vez acuden a las técnicas de participación accionaria en otras sociedades o de constitución de redes de filiales en el interior, pues prefieren, por serles mucho menos oneroso fiscalmente, la fusión o absorción pura y simple. Responde, pues, a cierto simplismo el afirmar, como se hace en numerosas exposiciones y análisis -sobre todo los de inspiración marxista- que las instituciones fiscales fomentan e imponen el proceso concentrador; en realidad favorecen ciertas formas de concentración y penalizan otras, ora haciéndolas más gravosas, ora no otorgándoles facilidad especial alguna, si bien es obligado reconocer que, en conjunto, la legislación tiende, en virtud de principios de política económica, a promover la gran empresa.

Explanadas las consideraciones de conjunto, pasemos a examinar la influencia específica de ciertas figuras impositivas en los supuestos comunes de concentración total o parcial, con arreglo al concepto que de concentración hemos esbo

de amalgama o integración entre dos o más firmas, y no simplemente la idea estadística, aritmética, de la proporción de la oferta total del mercado representada por las firmas principales de un sector o de la dimensión relativa de las empresas punteras de un ramo determinado. Por consiguiente, dejamos de liberadamente fuera de nuestro estudio las consideraciones que en teoría podrían hacerse sobre el presunto papel de ciertos impuestos directos, como el de Beneficios Industriales y el de Sociedades, o indirectos, como el de Ventas o Valor Añadido, sobre la magnitud de las unidades económicas o su grado de integración vertical, y nos centramos selectivamente en las instituciones tributarias que inciden sobre las operaciones de transmisión patrimonial que determinan el aglutinamiento y, por consiguiente, el aumento de tamaño de las firmas.

### 3.- El trato fiscal de fusiones y absorciones.-

Toda fusión, que es el acto concentrador por antonomasia, implica "la muerte" de una, por lo menos, de las empresas en presencia (vide supra, capítulo II), hecho que lleva aparejada una serie de operaciones jurídicas y patrimoniales, fundamentalmente la transferencia del activo y del pasivo de la firma que se disuelve a la absorbente o, en su caso, a la que se constituye ex novo. Pues bien, el derecho fiscal grava en todos los países ese complejo de actos y trámites bajo diversos conceptos, considerando el fenómeno en su conjunto como disolución de empresa, por un lado, y adquisición patrimonial, por otro.

En primer lugar, la amalgama queda gravada en cualquier ordenamiento positivo, por un impuesto típicamente indirecto, cuya denominación varía según las naciones, sin perjuicio de que su esencia sea siempre la misma. En España se llamaba tradicionalmente Impuesto de Derechos Reales, hasta que la Ley 41/1.964, de 11 de junio, sobre Reforma del Sistema -

puesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, refundiéndolo con el del Timbre (259).

En segundo lugar, el acto de disolución suele originar una obligación tributaria de la sociedad absorbente o, en su caso, de la nueva entidad, por el Impuesto de Sociedades, toda vez que con motivo de la amalgama se enajenan unos valores y elementos activos a precio bastante superior, en la mayoría de los supuestos, al valor contable del balance. En otras palabras, el ayuntamiento societario pone de manifiesto unas "plusvalías" o, como también se dice "unas reservas ocultas", que se someten al gravamen sobre los beneficios de compañías, y éste es, precisamente, el problema capital de las operaciones concentradoras. Si el ordenamiento no prevé una bonificación o régimen de favor para el trato de las plusvalías, el coste de la fusión o absorción será prohibitivo, como ha señalado literalmente, entre otros, la Comisión del Mercado Común en su ya citado Memorándum sobre "El problema de la concentración en el Mercado Común" (página 17). De ahí que todos los Gobiernos interesados en fomentar la concentración hayan dictado normas especiales para exonerar o gravar a tipo muy reducido las plusvalías del activo, medida que, entre todas las examinadas a lo largo del presente capítulo, es, a todas luces, el arma más importante de la panoplia fiscal. Nuevamente, sin embargo, llamamos la atención sobre la relatividad de su significado: no es que por sí solo un régimen especial invite o induzca a las empresas a integrarse, aunque cabría citar casos en que no otro ha sido el motivo preponderante de la operación, sino que la falta de una desgravación o dispensa de las plusvalías ha hecho desistir de sus proyectos de unificación a firmas que la deseaban y necesitaban y que, en principio, estaban de acuerdo en realizarla.

---

(259) El Texto refundido y las Tarifas se aprobaron por Decreto 1.018/1.967, de 6 de abril (B.O.E. del 18 de mayo).

Rentas del Capital o directamente el de la Renta de Personas Físicas, según los distintos ordenamientos nacionales, al distribuirse a los accionistas de las sociedades disueltas (en el supuesto de fusión "propia") o de la compañía absorbida los títulos de la sociedad nueva o de la absorbente en la proporción correspondiente a las plusvalías puestas de manifiesto por la amalgama.

Por último, considérense los derechos de timbre aparejados a las formalidades del acto concentrador: escritura pública de los acuerdos de fusión, emisión de acciones de la entidad nueva o, en su caso, ampliación del capital de la absorbente, etc. Francia, entre otros países, aplica incluso derechos o tasas de "publicidad", si bien con tipo módico.

Como los conceptos enumerados suman una carga considerable, los ordenamientos estipulan preceptos muy variados para bonificar el ayuntamiento de firmas, acudiendo, con este fin, a una verdadera ficción jurídica, a saber, a la presunción de que la fusión no cancela la vida de las entidades protagonistas, sino que, por el contrario, la continúa y la prolonga. Precisamente este planteamiento ha presidido la extensión del régimen de privilegio a operaciones en cierto modo conexas, como escisiones de sociedades y aportaciones parciales de unas sociedades a otras. Los sistemas varían en su contenido, si bien son tres las opciones fundamentales: gravamen de tipo reducido, aplazamiento de la deuda tributaria por varios años o exención transitoria subordinada a diversas condiciones, pero dejando abierta la posibilidad de que posteriormente el Fisco haga tributar a las Plusvalías que se hayan puesto de relieve con motivo del acto fusionista. Nacida en la segunda postguerra mundial, la ola de bonificaciones tributarias empieza en los últimos años a romper en disposiciones reiteradas en casi todas las naciones europeas.

fiscales para describir el trato que dan a las amalgamas.

Por ser el país exponente no sólo del desarrollo capitalista, sino también del tecnicismo hacendístico, sean los Estados Unidos los primeros en el examen. En Norteamérica, las operaciones de "reorganisation" están sometidas a severas condiciones. Ante todo, el acto debe ser motivado por consideraciones empresariales (business purposes), o sea, por causas ajenas a las ventajas tributarias que la sociedad o los accionistas pretenden obtener de la fusión. A menudo se llevan fusiones a cabo con el designio de transferir las pérdidas de la sociedad absorbida al balance de la absorbente, la cual podrá así minorar la base del Impuesto de Sociedades (Corporate Income Tax), pero sólo en reducidos casos autoriza el Fisco la transferencia. En principio, la operación únicamente se exige si, durante cierto tiempo, la compradora prosigue sin modificaciones el negocio y actividad de la firma adquirida. Por lo demás, existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo tan sugestiva como rigurosa, siendo realmente decisiva la sentencia Libson Shops Co., Inc., de 27 de mayo de 1.957, por la que se denegó este régimen a una fusión monstruo de dieciséis grandes almacenes con la sociedad administrativa (management company) que actuaba como central de ventas (260). Se acepta, en cambio, sin mayor inconveniente la composición cuando la amalgama es de signo inverso, es decir, cuando una sociedad perdidosa compra una compañía beneficiaria. En conclusión, ciertos analistas del sistema dicen que "la ley y la jurisprudencia ... han limitado drásticamente las ventajas de

(260) Los dieciséis almacenes eran otras tantas sociedades independientes, sin que hubiere entre ellas nexo alguno de "affiliated group", sino, únicamente, la relación indirecta constituida por la propia sociedad administrativa. Al producirse pérdidas en tres de los almacenes, las diecisiete sociedades se fusionaron (1.949). El Supremo se negó a otorgar la compensación, argumentando que las tres tiendas deficitarias seguirían operando con pérdida incluso después de la fusión y que, por lo tanto, era improcedente compensar contablemente unas pérdidas anteriores a la fusión con las ganancias corrientes de los demás puntos de venta.

rio" (O. BUHLER, op. cit., página 1.243), lo cual, dicho sea incidentalmente, no puede extrañarnos, puesto que los Estados Unidos, patria del gigantismo industrial, ha sido también cuna de la legislación antitrust elaborada para combatirlo. Es, pues, absolutamente lógico que el ordenamiento norteamericano no tienda a fomentar, más bien al contrario, los ayuntamientos de firmas.

El polo opuesto se localiza en Europa Continental, cuyas legislaciones nacionales se caracterizan, en general, por concebir la fusión como endoso de todo el activo y pasivo de una sociedad a otra. Las reglas procesales son, pues, distintas y desde luego más complejas, sin perjuicio de que se greguen principios comunes, por ejemplo, la exención estrictamente condicional de las plusvalías, supeditada a la salvaguardia de la "continuidad del balance", es decir, a que los activos de las sociedades fusionantes (o de la absorbida) sigan figurando en la entidad nueva (o en la absorbente) con el valor contable previo. Este es, entre otros, el caso de Holanda y Suiza, así como el de Italia. En países como la propia Holanda y Alemania, el legislador ha concedido a los actos fusionistas notables reducciones del gravamen de transmisiones y del impuesto de Timbre. Concretamente, la Ley alemana de 31 de marzo de 1.926 fomentó un buen número de operaciones, según dictamen de la Comisión gubernamental nombrada en 1.928 para impulsar la concentración económica, entre ellas la integración total de las minas de Gelsenkirchen (Gelsenkirchener Bergwerk AG) y los Altos Hornos y Minas Germano-Luxemburguesas (Deutsch-Luxemburgische Bergwerks-und Hütten AG) que, probablemente, no se habría realizado sin estos beneficios tributarios (261). Es más, la Ley del Impuesto de Sociedades (artículo 15, párrafo 2) exime a las sociedades fusionantes y, en

---

(261) Citado por H.O. LENEL, op. cit., pág. 1.214.



stille Reserven, es decir, por plusvalías que, más o menos latentes, salen a la luz con motivo de la amalgama. De ahí que, según los especialistas de Ultra Rhin, la fusión resulte de hecho más barata que la constitución de konzernos, a pesar de que teóricamente es lo contrario, pues el concerno no paga los mismos conceptos tributarios.

Ahora bien, es Francia el país que en los últimos tiempos más ha favorecido las integraciones empresariales, por una serie de preceptos fiscales que empiezan en 1.948 y culminan en la Ley de 12 de julio de 1.965, verdadero alarde de política tributaria pro concentración industrial. He aquí, efectivamente, resumidos del modo más sucinto posible los incentivos del sistema fiscal francés:

- los impuestos de transmisión (droits d'apport), antaño consistentes en un gravamen proporcional (que se fue paulatinamente reduciendo) sobre el valor real de las aportaciones retribuidas por acciones o títulos del capital de la entidad absorbente o resultante, han quedado fijados en una suma fija, puramente nominal, de cincuenta francos;

- se ha suprimido el "droit de mutation" (cuyo tipo era del 16 por 100) sobre las aportaciones que se hiciesen a título oneroso, es decir, sobre las que no se retribuyeran por acciones u otros títulos de capital;

- se ha abolido, asimismo, la "taxe de publicité immobilière", que gravaba toda fusión o absorción (si bien a un tipo de sólo 0,60 por 100);

- se ha rebajado del 12 al 1,2 por 100 el droit d'apport majoré que recaía sobre la capitalización de reservas, excepto las relativas a revalorización de balances;

- se mantiene el privilegio introducido por el Código General de Impuestos a efectos del gravamen sobre la Renta de personas físicas, en virtud del cual se excluyen de la base

la sociedad absorbente a los socios de la absorbida, y se mantiene, igualmente, en el ámbito del Impuesto de Sociedades la exención para las compañías que, a título de partícipes de la absorbida, reciben gratuitamente esos títulos;

- finalmente, y éste es el rasgo más audaz y liberal del régimen, las plusvalías que salgan a relucir en el patrimonio de la firma absorbida ya no tributan en absoluto, a condición, bien es cierto, de que la sociedad absorbente (o, en su caso, la resultante de la fusión de otras) asuma diversos compromisos ante la Administración: primero, declarar en la escritura de fusión que acatará en todo los preceptos de la citada Ley de 12.7.1.965; segundo, llevar a su pasivo las reservas cuya tributación haya quedado aplazada (por ejemplo, previsión de eventuales subidas de precios de los factores productivos, etc.), así como la reserva especial donde, con arreglo al ordenamien- to vigente, la entidad absorbida (o las fusionantes) haya te- nido que inscribir sus plusvalías "de largo plazo", entendiendo por ellas las referentes a bienes que hayan entrado en su ac- tivo con anterioridad de más de dos años; tercero: incluir en su base imponible las plusvalías de la absorbida (o de las fusionantes) llamadas "de corto plazo", o sea, las de elementos ingresados con antelación de menos de dos años.

La obligación más gravosa de la sociedad absorbente (o nueva) consiste, pues, en incorporar a su ganancia im- nible los incrementos de valor generados por aportación de bienes amortizables de la otra compañía o de las amalgamadas, ya que esos aumentos patrimoniales, exentos en la sociedad donde se pusieron de manifiesto, pasarán a tributar al tipo común del 50 por 100 por Impuesto de Sociedades, carga palmariamente tan gravosa que, a primera vista, cabe preguntar dónde reside la liberalidad del legislador. A decir verdad, la Ley ofrece contrapartidas atractivas: primera, la sociedad aglutinadora

ulteriores según el valor real de los bienes aportados y no según el valor contable de los mismos en sus balances de origen. Además, y esto es importante, se permite espaciar la tributación a lo largo de diez años, con el límite mínimo de que la cuota anual pagada al Fisco sea, por lo menos, igual a la décima parte del importe total de la plusvalía. Señalemos, por último, que la ley de referencia deja a las empresas aglutinadas, o a las fusionantes, la alternativa de solicitar el gravamen inmediato de sus plusvalías de largo plazo al tipo reducido del 10 por 100 (262).

Por lo demás, el derecho francés otorga un privilegio desconocido por la mayoría de los ordenamientos del Viejo Continente: en virtud de una Ley de 31 de julio de 1.962, el Ministerio de Hacienda puede, previo informe de la Comisaría del Plan, conceder permiso especial a la sociedad absorbente (o a la nueva) para que impute los déficits anteriores de la absorbida o incluso los de ella misma, experimentados en los cinco años anteriores, a los beneficios que se obtengan en los ejercicios subsiguientes a la amalgama, por el plazo que la propia Ley marca. Se trata, a todas luces, de una importación de la técnica fiscal estadounidense.

Es original la fórmula británica, que cabría dialécticamente contraponer o, al menos, comparar a la del Continente europeo. En Gran Bretaña se practica la fusión las más de

---

(262) Posteriormente, en virtud de una Ordenanza de agosto de 1.967, el Gobierno ha otorgado beneficios adicionales, concretamente que el 10% pagadero por la entidad absorbida ya no se satisfaga en el acto, sino que pueda escalonarse en cuatro pagos anuales, a razón del 2,5%, y que las plusvalías de corto plazo puedan no empezar a tributar hasta el tercer año de la fusión; en segundo lugar, se extiende de uno a tres años el plazo en que los socios de la entidad absorbida (o de las fusionantes) pueden recibir libres de impuestos las acciones de la absorbente (o de la nueva), y, por último, deja en suspenso el impuesto sobre el incremento de valor que realicen al ceder sus participaciones sociales los dirigentes de empresas que posean el 25 por 100, como mínimo, del capital de la sociedad absorbida (o de las fusionantes).

las veces como un acto sencillo desprovisto de formalidades, excepto, eventualmente, las que imponga el reciente y severo Código de la City sobre transacciones bursátiles (take-over Code), si bien con la posibilidad de que los socios disconformes interpongan recurso judicial. Pues bien, el Impuesto de Sociedades (ahora suprimido) sólo incide sobre la plusvalía eventualmente generada por la cesión o el canje de acciones, gravamen que, en definitiva, recae más bien en los socios que en las sociedades mismas (263). También hay que tener en cuenta el derecho de timbre que deben sufragar las compañías por la transferencia de los títulos, pero diversas disposiciones han reducido su importe. Una peculiaridad del régimen es que los elementos del activo deben transferirse y anotarse según el valor que tengan en el día de la transmisión y no por su simple valor contable, lo cual supone, al revés, que en el Continente, la "discontinuidad" (discontinuance) de los balances. Pero se admiten excepciones, especialmente la llamada "company reconstruction", por la cual una sociedad de capital puede ser transferida a otra de la misma naturaleza o a un empresario individual sin que surjan cargas tributarias, cuando se cumplan dos requisitos: primero, que la firma transmitida haya sido dirigida en forma precisamente de sociedad de capitales; segundo, que se garantice que la nómina de personas participantes seguirá siendo la misma. Normalmente se suele dar a la constitución de filiales el trato fiscal de "company reconstruction". En caso de fusión stricto sensu, el régimen impositivo se modula según las circunstancias del capital de las compañías que se aúnan.

En cuanto al derecho español, está formulado en la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1.964, por concepto del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimo-

---

(263) PIERRE LALUMIERE, "Le régime fiscal des fusions de sociétés", en "La Fiscalité et l'Entreprise", edit. por DUNOD, Paris, 1.967, págs. 59-75.

y en particular, los 144, 150 y 152), antiguamente impuesto de Derechos Reales, y por el Decreto 1.018/1.967, de 6 de abril, aprobatorio del texto refundido del tributo (artículos 54 a 90, especialmente los 54, 55, 57, 65 y 70). En virtud de ellos, la fusión, que se equipara literalmente a la "constitución" de sociedad desde el punto de vista fiscal, resulta gravada al tipo del 2,70 por 100, siendo la base imponible "el haber líquido (264) que tengan en el día en que se adopte el acuerdo la sociedad anexionada, si se realiza mediante absorción, o las integrantes, si se efectúa mediante la creación de una nueva". Carga bastante soportable, aunque no insignificante, y comparable a la figura correlativa de los ordenamientos extranjeros en su mayoría. Ahora bien, no es eso todo, ya que tanto según la Ley citada (artº 152, párrafo 1, apartado a) como según el Decreto (artº 55, apart. 1º), "tendrán la consideración de transmisiones onerosas y se liquidarán por este concepto: ..... las adjudicaciones expresas de bienes de todas clases y derechos reales en pago de deudas o de su asunción o para pago de ellas, y las mismas adjudicaciones, aunque sean tácitas, que se produzcan como consecuencia de la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades". En consecuencia, amén del 2,70%, las compañías protagonistas tienen que satisfacer el citado Impuesto de Transmisiones por los

(264) Concepto bastante difícil de aquilatar en la práctica, por lo que surgen multitud de conflictos entre las sociedades y la Administración. El problema reside en que el haber líquido no es más que una parte del activo real, concretamente la diferencia entre la totalidad del activo y el pasivo exigible. Sin embargo, como veremos, a la sociedad de nueva planta o a la absorbente no se le transmite únicamente ese "haber líquido", sino todo el activo, o sea, también la porción que represente la contrapartida del pasivo exigible, del endeudamiento de la empresa, porción que, según la Ley, tributa a título de "adjudicación" o "entrega" en "pago de deudas" o "en asunción de deudas" o, por fin, "para pago de deudas". De este modo, por conceptos distintos y con tipos diversos viene a tributar por derechos reales la totalidad del patrimonio transferido.

créditos de la sociedad transmisora; es decir, siempre que una compañía ~~aporte~~ a otra un conjunto de créditos (o deudas) y bienes de su activo, deberá pagar por esos elementos patrimoniales a los tipos que en la Tarifa General correspondan a cada uno de ellos, atendida su naturaleza de bien mueble o inmueble, o de crédito o "derecho" en general, estando, en cambio, exento el dinero líquido. Así, los edificios y la maquinaria fija, o sea, el "inmovilizado", tributarán, como inmuebles, al 7,40%, mientras que los vehículos, mercaderías, otros muebles, eventualmente los semovientes, y por último los créditos y derechos de cualquier clase, soportarán el 4 por 100 en la medida, repetimos, en que unos y otros representen contrapartida de deudas o créditos societarios.

Igual que las restantes legislaciones, la española somete a gravamen, por concepto del Impuesto de Sociedades, tanto el acto de la amalgama en sí, por entender acertadamente que constituye el cierre de un ejercicio económico, como las eventuales plusvalías manifestadas, con motivo de la fusión, en los activos de las entidades transmisoras. Efectivamente, ya la disposición 13 de la Tarifa III del antiguo texto de la Contribución de Utilidades, mantenida, por cierto, expresamente en vigor por la Ley reformadora de 11 de junio de 1.964 (artº 69), mencionaba la fusión como una de las hipótesis de exacción de la cuota de beneficios, y la misma senda sigue el texto refundido (artº 12, párrafos 2 y 3) del actual Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas (aprobado por Decreto 3.359/1.967, de 23 de diciembre, B.O.E. del 18 de marzo de 1.968), incluyendo explícitamente la "fusión" en los casos en que "la cuenta de resultados se liquidare antes de terminar el ejercicio". Por lo que se refiere a las Plusvalías, advertimos idéntica continuidad: si la disposición 5ª de la vieja ley de Utilidades (Ta-

ficios provenientes del incremento de valor de los efectos u otros elementos del activo, en cuanto se realicen por la enajenación de los valores o de otra manera luzcan en cuentas..., la vigente Ley de Reforma Tributaria de 1.964 reitera indirectamente la validez del precepto (ver artículos 88 y 107, a sensu contrario), al enumerar los casos en que no procederá el cobro del impuesto, como supuesto excepcional y, por fin, el aludido texto refundido del Impuesto de Sociedades se preocupa de dejar bien sentada la regla al reproducir literalmente (artº 15, párrafo 2) la redacción de la ley de 1.922.

La exposición antecedente revela que el sistema tributario español no es muy condescendiente, que digamos, con las amalgamas empresariales, como tampoco lo era, en verdad, el francés hasta hace una década. La prueba es que las firmas de nuestro país, grandes, medianas o chicas, se quejaban crónicamente de los obstáculos que el Fisco suponía para todo proyecto de reorganización industrial de cierta envergadura. Es más, se sabe de amalgamas de gran escala que han sido abandonadas después de haberse puesto virtualmente de acuerdo sus protagonistas en llevarlas a efecto, como consecuencia de la interpretación rigorista dada por el Ministerio de Hacienda a las normas impositivas: por ejemplo, el célebre proyecto de fusión entre el Banco Central y el Hispano-Americano en 1.965 (vide infra, último capítulo, apartado referente a la Banca) naufragó, quedando aplazado sine die, porque una circular de la Dirección General de lo Contencioso de 15 de febrero de 1.966, dada con ocasión, precisamente, de aquella operación, declaró que la transferencia en bloque por una sociedad a otra de su activo y su pasivo debía sufrir gravamen autónomo, a los tipos correspondientes a cada uno de los elementos integrantes, aun cuando la fusión o liquidación de la transmitente estuviese declarada exenta del pago del Impuesto de Trans-

censurada por la casi unanimidad de la doctrina hacendística, abocaba a que el establecimiento aportante tuviese que pagar (al 7,40 por 100) miles de millones de pesetas por la transferencia de sus edificios y sucursales, al entenderse que estos bienes eran la contrapartida de los débitos, constituidos por la masa de depósitos en cuenta corriente. De nada valió que el Banco Central y el Hispano-Americano argumentaran razonablemente que, justamente tratándose de institutos de crédito, cuyo negocio era, por definición, tener "deudas" con el público, en forma de depósitos de dinero, no era procedente computar el traspaso del activo como "adjudicación en pago o para pago de deudas"; el Fisco se mantuvo terne. Sin embargo, la violencia dialéctica ejercida por la Administración en la hermenéutica legal y el fragor de la polémica que se suscitó, han tenido un efecto beneficioso a la larga, pues la ulterior aprobación del texto refundido del Impuesto de Transmisiones ha venido a resolver la duda de un modo "positivo", como señala JOSE MARIA MARTIN OVIEDO (265), pero "en el sentido concreto de que estas adjudicaciones sólo resultan exentas si la sociedad que las realiza se disuelve y liquida; no si, a través de otra fórmula de concentración, continúa subsistiendo" (266). En consecuencia, la declaración de exención o dispensa tributaria que otorgue el Ministerio de Hacienda a toda amalgama,

(265) "Problemática fiscal de las concentraciones de empresas", conferencia pronunciada el 5 de diciembre de 1.969, en el Banco Occidental, en Madrid, y publicada en el nº 84 de la Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, así como en separata del mismo (página 1.038).

(266) Ver, en efecto, el artº 54, párr. 1, apartado 54, que declara "exentas" del Impuesto de Transmisiones "las aportaciones, incluso por fusión, hechas a las sociedades cuando den lugar a la concentración de actividades beneficiosas para la economía nacional, así como los contratos preparatorios para llevarlas a efecto, que se realicen de conformidad con lo establecido en el artº 135 de la Ley de 26 de diciembre de 1957 y obtengan declaración expresa de exención del Ministerio de Hacienda y las transmisiones que, por disolución y liquidación de sociedades, se produzcan cuando se adjudiquen sus bienes a otra sociedad ya constituida".



al menos, de las empresas implicadas, llevará automáticamente consigo la exención del gravamen relativo a las "adjudicaciones de bienes" que la entidad aportante hace a la otra. Una vez más se ha cumplido el refrán de que "no hay mal que por bien no venga", pero no por eso deja de ser válida nuestra consideración inicial de que el régimen ordinario es, en conjunto, bastante gravoso para la concentración empresarial, y nuevamente se desmorona ante el análisis crítico la afirmación dogmática según la cual el ordenamiento fiscal clásico de las naciones capitalistas está deliberadamente concebido para fomentar el aglutinamiento monopolístico.

Lógico y hasta obligado era, en las condiciones descritas, que el Estado nacional, abocado por ideología y por necesidad a industrializar España, adoptara medidas de bonificación fiscal para las amalgamas; sin embargo, han tardado esas normas más de dos décadas en cristalizar, como en seguida veremos. Aunque ya la Ley de Protección y Fomento de la Industria Nacional, de 24 de noviembre de 1.939, anunciara el intento de fomentar "la fusión o asociación de las empresas industriales, si así conviniera al interés nacional" (artº 4º, apartado m), todas las normas que se publicaron en el decenio siguiente fueron casuísticas y, al decir de JOAQUIN GARRIGUES, "de elaboración unilateral y, a veces, un tanto precipitada" (267). Es en la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1.957 donde hay que situar el origen verdadero de la normativa actual, ya que el artº 135 autorizaba al Ministro de Hacienda "para conceder, previo informe de la Organización Sindical, exención del Impuesto de Timbre, Derechos Reales y Emisión de Valores Mobiliarios a los actos de constitución de so-

---

(267) "Algunas reflexiones sobre la tributación de empresas mercantiles en España", Revista de Derecho Mercantil, I, 1.949, página 348.

o comerciales, cuando tales actos de concentración, sin tener carácter de monopolio, beneficien a la economía nacional". Al amparo de este precepto se dictaron las primeras normas reglamentarias sobre requisitos y procedimiento de obtención de los beneficios ofrecidos (268). A fines de 1.963, la aprobación del Primer Plan de Desarrollo Económico-Social, que reiteraba el propósito de favorecer "las agrupaciones de empresas" (269), abre nueva etapa, cuyos jalones son la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1.964 (arts. 107 y 1.946, número 54), el Decreto 2.285/1.964, de 27 de julio, que adaptó al nuevo edificio fiscal los beneficios originarios, y la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de abril de 1.965 (B.O.E. de 15 de abril), que sentó las reglas de procedimiento. En el año 1.966 comenzó una tercera etapa con el Decreto-Ley 8/66, de 3 de octubre, que ampliaba la lista de operaciones bonificables, y al año siguiente un nuevo Decreto-Ley, el 11/67, de 26 de julio, anunciaba beneficios aún mayores, si bien con la condición de que las solicitudes se presentaran antes del 31 de diciembre de 1.968. Esta última disposición ya no cuenta, - pues, como derecho vigente.

La acumulación desordenada de tantos preceptos suscitó en la Administración y en los empresarios conciencia de la urgente necesidad de refundir unas normas que no constituirían un ordenamiento en sentido propio, sino disjecta membra, elementos fragmentarios de política fiscal. De ahí que, tras varios meses de elaboración, se haya dictado el Decreto 2.910/71,

(268) Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de julio de 1958, a la que vino más tarde a sustituir una de 12 de abril de 1.960.

(269) En efecto, el artº 25, párr. 1, relativo a la "fusión de instalaciones y todas cuantas acciones empresariales redunden en la formación de unidades de producción y de procesos de distribución más adecuados, siempre y cuando no constituyan prácticas restrictivas de la competencia". El precepto tenía su precedente en el artº 11, párr. 1, del Decreto 3.060/1.962, de 23 de noviembre, sobre directrices y medidas preliminares al Plan de Desarrollo.

reagrupan todas las figuras de concentración a que se referían la Orden de 1.965 (artº 3º) y el Decreto-Ley de 1.966 (artº 12º), se unifican las normas de procedimiento (sin perjuicio de que se declare expresamente la vigencia de la Orden de 1.965) y se sistematizan los beneficios otorgables; al mismo tiempo, en uso de la autorización concedida al Gobierno en el propio Decreto-Ley de 1.966 (artº 12, párr. 2º), se hacen extensivas a las concentraciones las ventajas fiscales reconocidas por la Ley de Industrias de Interés Preferente de 2 de diciembre de 1.963 (que sustituyó a la de Protección a la Industria Nacional, de octubre de 1.939). Estudiemos sucesivamente los supuestos bonificados, los beneficios previstos y el procedimiento establecido.

Las amalgamas susceptibles de bonificación son, según el reciente Decreto, de cuatro tipos (artículo 2º):

Primero.- "Constitución de Sociedades mediante la integración de empresas individuales o sociales". Aquí hay una importante y generosa modificación, a saber, que ya no se exige como hacía la Orden de 1.965, la triple condición de que la nueva sociedad tenga por objeto precisa y exclusivamente la explotación en conjunto de las actividades que antes hayan sido desarrolladas por las firmas fundadoras, de que éstas hayan estado, al menos, dos años seguidos en ejercicio y de que cesen en su actividad al constituirse la entidad de referencia.

Segundo.- "Fusión de sociedades de cualquier naturaleza". También aquí se omite la triple condición estipulada por el artículo 3º de la Orden de 1.965.

Tercero.- "Segregación de establecimientos industriales de Sociedades o Empresas, aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación". A diferencia de los dos primeros casos, el Decreto pone dos condiciones (artículo 3º, párrafo 2): la pri-

plementaria"; la segunda es que "a través de las aportaciones que se realicen, previo informe, del Ministerio correspondiente, se logre mejorar la estructura del sector". Una y otra se formulan con las mismas palabras que en la normativa original (artº 12 del Decreto-Ley de 1.966).

Cuarto.- "Disolución de sociedades y aportación de los elementos de su patrimonio a otra u otras sociedades". Se suprime la doble exigencia de que la nueva sociedad desempeñe "actividad análoga o complementaria" y de "se logre mejorar la estructura del sector".

Poco hay que comentar respecto a la lista enunciada, cuya amplitud y generalidad no deja resquicio a la duda. Subrayemos, eso sí, el espíritu de liberalidad de que excepcionalmente ha hecho gala el legislador.

Pasemos a las bonificaciones otorgables, que dividimos en dos grupos: las previstas en las disposiciones fiscales de concentración empresarial, desde la Ley de Reforma Tributaria de diciembre de 1.957 hasta el Decreto-Ley de octubre de 1.966, y las enumeradas en la legislación de industrias de interés preferente. Las primeras (arts. 6º, 7º, 8º y 9º del Decreto) son:

= A) Exención del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sobre los actos siguientes:

- 1) "aportaciones y adjudicaciones de bienes y derechos, incluidas las adjudicaciones en pago o para pago de deudas o su asunción, que se efectúen con ocasión de la constitución de Sociedades mediante la integración de empresas individuales, de la fusión de Sociedades de cualquier naturaleza o de la integración en una sociedad preexistente o de nueva constitución de establecimientos industriales o de otras em-

que "no podrá concederse la exención a favor de las adjudicaciones que, en pago de su participación en el patrimonio social, se hagan a los socios que se separan de las Sociedades por no haberse adherido a la concentración o integración".

- 2) "aportaciones y adjudicaciones de bienes y derechos, comprendidas las adjudicaciones en pago o para pago de deuda o de su asunción, que se realicen al disolverse y liquidarse Sociedades de cualquier naturaleza, cuando el patrimonio de las mismas quede integrado en otra u otras, con la misma excepción que en el apartado precedente" (artº 6º, apartado B).

- 3) "ampliaciones de capital en la cuantía precisa para la realización de las operaciones de concentración o integración" (artº 6º, apart. C).

- 4) "Contratos preparatorios que se celebren para llevar a cabo los actos o negocios jurídicos anteriormente enumerados, siempre que los mismos fuesen necesarios, habida cuenta de la naturaleza y condiciones de la concentración o integración realizada" (artº 6º, ap. D).

- 5) "Escrituras públicas o documentos necesarios para la ejecución de los actos o negocios jurídicos expresados en los apartados anteriores o para el cumplimiento de las exigencias de la legislación sobre concentración o integración de empresas". Sugestiva novedad del Decreto, que responde, sin duda, a los ruegos y deseos del mundo empresarial (artº 6º, ap. E).

= B) Exención del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, a las plusvalías a que puedan dar lugar las operaciones enunciadas al principio (artículo 7º, párr. 1), plusvalías que "podrán referirse a los elementos del activo de las Entidades afectadas y, en su caso, a los valores inmateriales de las mismas, siempre que ..... resulten de las respectivas valoraciones practicadas para los efectos de dichas operaciones". La reserva de la última frase

en los últimos años, ante las declaraciones de plusvalías que suelen presentarle las firmas peticionarias.

= C) Bonificación del noventa por ciento de la cuota del impuesto sobre las Rentas del Capital que corresponda a la distribución de reservas procedentes de las plusvalías originadas a consecuencia de las operaciones bonificables, "siempre y cuando la disolución tenga lugar en plazo no superior a dos años, contados a partir de la fecha en que se realicen las expresadas operaciones" (artº 8º, párr. 1). Se especifica (párr. 3), y esto puede ser muy eficaz, que "en el supuesto de fusión y cuando concurren entre las sociedades que se fusionan relaciones determinantes de afiliación en base de participaciones en capital, no se considerará que existe distribución de reservas, incluidas las procedentes de las plusvalías expresadas en los apartados anteriores, si dichas reservas, a consecuencia de la operación..., pasan a la Sociedad absorbente o, en su caso, a la de nueva creación".

= D) Por fin, aplicación del tipo especial del gravamen del veinte por ciento en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas a la distribución de reservas procedentes de plusvalías exentas del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades con arreglo al propio Decreto (artº. 9º). El tipo se aplicará a las bases liquidables correspondientes con total independencia de las rentas procedentes de otras fuentes, en el ejercicio en que la distribución tenga lugar. En este punto hay una modificación sustantiva del régimen precedente, que consistía en deducir de la cuota del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas pagadero por el socio perceptor de las reservas en cuestión el noventa por ciento que habría debido pagar (y que no pagaba, por la exención indicada) por Impuesto de Capital (norma 13 de la Orden de 1.965).

régimen de industrias de interés preferente (artº 10 del Decreto):

= A) Reducción en la base de hasta un máximo del noventa y cinco por ciento del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en los términos del texto refundido del Impuesto (Decreto de 6 de abril de 1.967, artº 66, nº 3), es decir, por las aportaciones a la sociedad de nueva planta o, en su caso, a la absorbente o adquirente, así como por los empréstitos que emita o los préstamos que contraiga con organismos internacionales y con bancos o instituciones financieras, a condición de que esas aportaciones, empréstitos y préstamos se materialicen en un plazo de cinco años.

= B) Reducción hasta un máximo del noventa y cinco por ciento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas que grave las ventas por las que se adquieran los bienes de equipo y utillaje de primera instalación, derechos arancelarios e Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores que recaigan sobre la importación de bienes de equipo y maquinaria, cuando no se fabriquen en España.

= C) Bonificación de hasta el noventa y cinco por ciento de la cuota de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial durante el período de instalación.

= D) Libertad de amortización durante el primer quinquenio.

= E) Bonificación de hasta el noventa y cinco por ciento de la cuota del Impuesto sobre las Rentas del Capital que grave los rendimientos de los empréstitos emitidos por las empresas beneficiarias y de los préstamos concertados por ellas con organismos internacionales o con bancos e instituciones financieras extranjeras, "cuando los fondos así obtenidos se destinen a financiar inversiones reales nuevas".

Será la Orden de concesión de los beneficios la que especifique el plazo de duración de cada uno de ellos, entendién

miento se refiere a todos los "actos o negocios jurídicos" ejecutados dentro del plazo de los cinco años siguientes a la Orden (artº 10, párr. 6).

El análisis nos merece idéntica conclusión que el estudio de los supuestos bonificables: el legislador español es bastante generoso, hasta el punto de que el "coste fiscal" de la concentración queda, en teoría, virtualmente suprimido y de que la normativa española se halla a la altura de las más progresivas y liberales, tanto más cuanto que en España no existen figuras como la "tasa de publicidad" que, según vimos, subsisten en ciertos ordenamientos.

Pasamos a examinar el aspecto procesal, o sea, los trámites de solicitud y eventual obtención de las bonificaciones. El procedimiento (normas sexta a novena de la Orden de 1.965) se abre con una solicitud por escrito de las empresas protagonistas al Ministerio de Hacienda; acto seguido, la instancia pasa, por plazo de treinta días, a informe de la Organización Sindical, la cual deberá expresar las razones que, a su juicio, aconsejan el otorgamiento o, por el contrario, la denegación de la dispensa, "atendidos los intereses de la Economía nacional y el posible carácter monopolístico" de la integración que se pretende. El siguiente acto, una vez unido al expediente el informe sindical (que suele ser confeccionado por la Vicesecretaría Nacional de Ordenación Económica), es el examen del proyecto por una Comisión Informadora de Concentración de Empresas, constituida en el seno del Ministerio de Hacienda (artº 12), bajo la Presidencia del Subsecretario del Departamento y la Vicepresidencia del Secretario General Técnico, e integrada por un Representante de cada uno de los Ministerios de Industria, de Agricultura y de Comercio (este último ha sido siempre, hasta ahora, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia) y otro por cada una de las Direc-



y de Aduanas. En caso de que la concentración afecte a empresas cuya actuación se desenvuelva "específicamente" en el ámbito de otros Ministerios será convocado un representante de éstos a la reunión. Actúa como Secretario, con voz, pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Hacienda, libremente designado por el Subsecretario. La Comisión debe examinar "las condiciones que concurren en la integración de empresas", y atender "en especial" a los siguientes puntos: "capitales que representen" las empresas partícipes, número de éstas, "carácter monopolístico que pudiera resultar de su integración", "posibilidades técnicas de llevarlas a cabo" y "cualesquiera otras circunstancias que permitan formar juicio sobre los beneficios o inconvenientes que resulten para la economía nacional", para todo lo cual tiene facultad de pedir a los solicitantes informaciones complementarias o la presentación de documentos. En el plazo de otros treinta días, la Comisión debe elevar al Ministro de Hacienda informe razonado sobre la conveniencia o no de acceder a la solicitud de exención, "citando, en su caso, los actos o documentos que habrían de quedar exentos".

El acto final es el acuerdo, enteramente discrecional, del Ministro de Hacienda sobre la concesión o denegación total o parcial de las ventajas solicitadas, "sin que contra su resolución quepa recurso alguno". Además, la Orden de 1.965 se preocupa de especificar que la "orden ministerial por la que se conceda la exención señalará en cada caso detalladamente los actos y documentos a que habrá de extenderse y establecerá el plazo dentro del cual habrán de quedar definitivamente concluidas las operaciones de constitución, absorción, liquidación o fusión". Transcurrido ese plazo sin que las operaciones "se encuentren totalmente realizadas" serán exigibles todos los impuestos que teóricamente les correspondan.

Hasta aquí, la teoría. ¿Cómo se ha aplicado en la

hay unanimidad entre empresarios y especialistas del Derecho Fiscal en que los expedientes suelen resultar lentos y dificultosos (270). La verdad es que casi nunca se cumplen los plazos previstos en las normas, aparte de que algunos actos (aunque no los fundamentales, como acabamos de ver) ni siquiera tienen marcado un término. Si se cumplieran, la tramitación no debería exceder de unos tres meses, o, a lo sumo, de seis meses, que es el límite general fijado por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958 (artº 86, párrafo 2). De hecho, la resolución de uno de estos expedientes oscila, por término medio, de seis a ocho meses, y aún cabe establecer cierta progresión correlativa entre el volumen de los activos y del capital implicados en la amalgama proyectada y la duración total de los trámites. La causa parece ser, en la inmensa mayoría de los casos, la sospecha del Ministerio de Hacienda, a menudo fundamentada, justo es decirlo, de que la solicitud se formula por empresas que, prácticamente integradas en el mismo grupo económico, con capitales y hasta directivos comunes, únicamente buscan, so pretexto de "reorganización", evadir el impuesto de Sociedades correspondiente a unos activos notablemente revalorizados. De todos modos, es aplicable aquí, como en todos los órdenes de la vida, la máxima evangélica de que "pagan justos por pecadores", es decir, que determinadas concentraciones perfectamente correctas y bienintencionadas se ven atrasadas, aunque no impedidas, por el reflejo defensivo del Ministerio frente a todo lo que suponga exención de plusvalías.

---

(270) Cfr., entre otras fuentes, "Influencia del sistema tributario sobre las dimensiones de las empresas españolas", del Seminario de Hacienda de la Sociedad de Estudios y Publicaciones (Madrid, 1.966, págs. 74-76); la conferencia citada de J. M. MARTIN OVIEDO "Problemática fiscal de las concentraciones de empresas" (1.969) y "Concentración de Empresas", por FRANCISCO PRIETO MARSA, en la Revista Innovación-Empresa (Madrid, enero 1.971, págs. 25-32), que edita el Instituto de Racionalización del Trabajo.

lo dicho en el párrafo anterior, es el criterio restrictivo con que la Administración admite los valores declarados por las sociedades solicitantes. En principio, ninguna norma existe que establezca valores máximos para la determinación de plus valías, y sólo razones de política financiera equilibrada moderan a las empresas para que no exageren la valía real de sus activos, aunque a veces el ánimo de lucro inmediato y de fraude tributario prevalece sobre el buen sentido, si bien, en cam bio, el texto refundido del Impuesto de Sociedades establece como valores mínimos "los de mercado" (artº 15, párrafo 2). Es más: el juego de los beneficios fiscales permite convenir entre las partes interesadas estos valores. Sin embargo, en la práctica, la Comisión Informadora no suele reconocer la posibilidad de revalorizar los edificios, y es, según algunos, "en exceso restrictiva" (271) en cuanto a los bienes de equipo y la maquinaria en general. En compensación, se admite la revalorización global de una entidad con cargo a su "fondo de comercio", noción que, a pesar de su frecuencia en la vida de los negocios, no tiene definición aún en nuestro Derecho Mercantil ni en el ordenamiento impositivo.

Las consecuencias del estado de cosas actual es que la mayoría de las concentraciones de envergadura se acuerdan con sujeción a la condición suspensiva de que el Ministerio de Hacienda otorgue los beneficios ofrecidos por la legislación estudiada, cuando lo razonable, económicamente hablando, sería que las firmas, más aún las de envergadura, tomaran este tipo de decisiones prescindiendo por completo del factor fiscal, y atendiendo sólo a los motivos puramente económicos y técnicos. De ahí que diversos círculos íntimamente allegados a los medios

---

(271) J. M. MARTIN OVIEDO, op. cit., páginas. 1.036-1.037.

o menos radicales de reforma legislativa, de las que entresacamos las siguientes:

- que se invierta el sentido actual de los expedientes, es decir, que se declare con carácter general mediante la correspondiente disposición legal que toda concentración o, al menos, toda amalgama en determinados sectores muy expuestos a la competencia internacional o urgentemente necesitados de reorganización, goza automáticamente de los beneficios fiscales previstos por la Ley. La propuesta no tiene nada de absurdo ni de heterodoxo, si recordamos que, en definitiva, ésta es la técnica de la citada Ley de Industrias de Interés Preferente. Con arreglo a lo que se sugiere, la única obligación de las empresas concentradas sería la de comunicar el acuerdo ayuntador a los organismos competentes, teniendo el Fisco la facultad de denegar durante un plazo determinado, por ejemplo un mes, los beneficios correspondientes; transcurrido ese plazo sin que la Administración se opusiera, se entendería (doctrina del silencio positivo) que los beneficios de exención son firmes y definitivos.

- Propuesta más moderada es que la exención fiscal se extienda a las tasas y derechos, tales como las de transferencias de inscripciones en los Registros Administrativos, y también a los impuestos, arbitrios, derechos, tasas y otros gravámenes provinciales y municipales, así como la sugestión de que sea posible traspasar contablemente el activo "ficticio" cuando en la sociedad disuelta no existan reservas y beneficios suficientes para eliminarlo, y de que las entidades

---

(272) Sobre todo el citado Seminario de Hacienda de la Sociedad de Estudios y Publicaciones, financiada por el Banco Urquijo, y exponente, en gran parte, de los puntos de vista de la gran empresa industrial. El estudio citado, en la nota 48, contiene por cierto algunas de las sugerencias de reforma que se señalan en el texto principal.

mente el día último del mes anterior al de presentación de la solicitud de exención (273).

- Finalmente, citemos, por su repercusión indirecta en el plano fiscal, especialmente en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (antiguo Impuesto del Timbre), algunas su gestiones de orden civil o mercantil, por ejemplo, que se defina claramente el carácter de sucesión universal que reviste el ayuntamiento cuando tiene lugar en forma de fusión societaria, por lo que la sociedad nueva o absorbente asume automáticamente todos los derechos y obligaciones de las fusionantes o de la absorbida, así como su posición contractual en las relaciones de arrendamiento, crédito, etc. y, asimismo, que se haga de modo inmediato la sustitución (técnicamente dicho, la subrogación) del sujeto pasivo en las emisiones de obligaciones efectuadas por las compañías aglutinantes o absorbidas; en otras palabras que frente a los portadores de esas obligaciones aparezca ipso facto como nuevo deudor responsable la compañía surgida de la fusión o, en su caso, la que haya absorbido a la emisora. Hay quien llega, incluso, a postular que como la solvencia de la sociedad nueva o de la incorporante será siempre superior a la de las firmas disueltas o de la englobada (afirmación, dicho sea de paso, sumamente simplista), se suprima la posibilidad que actualmente asiste a los obligacionistas de pedir el reembolso de sus títulos al modificarse la identidad de la compañía responsable del pago. Estas dos proposiciones nos parecen, sobre todo la última, peligrosas para la seguridad jurídica y económica del público inversor, ya que abren el portillo a toda clase de abusos por compañías poco escrupulosas o simplemente temerarias.

- Más razonable parece, en cambio, la idea de que no se supedite el otorgamiento de determinados beneficios fiscales

---

(273) Cfr. FRANCISCO PRIETO MARSAL, artículo citado en la nota número 48.

de las acciones entre las sociedades protagonistas, puesto que se trata de un convenio inter partes que puede considerar aspectos no valorables materialmente, pero trascendentes para el futuro económico de las empresas.

¿Cuál debe ser el juicio crítico a la vista de los resultados obtenidos en algo más de una década? Huelga decir que predominan los diagnósticos negativos. No es raro leer que los incentivos fiscales, tal como se aplican hasta la fecha, no han servido en absoluto para promover la reestructuración de nuestra industria, y que los empresarios españoles no se sienten, en general, estimulados por el Fisco a refundir sus firmas. El pronunciamiento es exagerado y, como tal, inexacto. Es innegable, y acabamos de indicarlo, que la administración de los beneficios peca de lenta y puntillosa, que el Fisco obra a menudo con demasiada suspicacia, pero no es menos cierto que, de no haberse promulgado las normas estudiadas, no habrían tenido lugar fusiones, como las de Unión Española de Explosivos, S.A. y Minas de Río Tinto, S.A.. amén del cortejo de empresas de sus grupos respectivos; Perlofil, S.A. y La Seda de Barcelona, S.A.; Sociedad Española de Construcción Naval, Euskalduna y Astilleros de Cádiz, S.A.; Compañía Sevillana de Electricidad, S.A. e Hidroeléctrica del Chorro, S.A.; la de multitud de productoras eléctricas (Unión Eléctrica Madrileña, S.A. e Hidroeléctrica Española, S.A., sobre todo), con sus respectivas distribuidoras regionales o comarcales, y tantas otras que han contribuido a mejorar la estructura de algunos sectores. Una cosa es que, por sí solos, los incentivos fiscales no induzcan a las firmas a integrarse, que tampoco de eso se trata, pues la fusión únicamente debe obedecer a profundos imperativos técnicos, comerciales y financieros, y otra, que esos estímulos hayan sido inoperantes; la mejor prueba contra el segundo aserto es el número aumentativo de expedientes

ciones, aun reconociéndose, de modo unánime, que el proceso pulsa todavía a un ritmo muy inferior al deseable, atendido el grado de atomización de ciertos ramos básicos.

En conclusión, consideramos que es necesaria, desde luego, la revisión del ordenamiento actual, aunque no del modo radical que algunos sugieren, pues hay elementos positivos que deben permanecer, y de los que, paradójicamente, apenas se habla: por ejemplo, la condición de que la amalgama proyectada no dé lugar a monopolio y de que resulte beneficiosa para la economía nacional. Concretamente, convendría que se establezca un tope máximo de duración de los expedientes de solicitud de bonificación, con aplicación del silencio positivo en el supuesto de que transcurra el plazo sin pronunciamiento expreso del Fisco; igualmente creemos admisible la indicación de que se conceda a las empresas beneficiarias del régimen de privilegio la libertad de amortización en el quinquenio siguiente, como premio especial a su esfuerzo de reorganización. No estimamos, en cambio, procedente que se las exima total ni parcialmente del Impuesto de Sociedades, dispensa que podría crear desigualdades de situación competitiva con las demás firmas del sector, ni que se las exonere del pago de arbitrios provinciales y municipales, teniendo en cuenta la penuria crónica de las haciendas locales. De todos modos, terminemos señalando, por más que parezca ocioso, que lo fundamental no es la letra de los textos legales, sino el espíritu con que se apliquen: todo dependerá de la flexibilidad y amplitud con que la Administración fiscal interprete las normas en cada caso particular, y de que el Ministerio de Hacienda tenga presente la siguiente experiencia, no ya española, sino universal: un régimen impositivo privilegiado no induce por sí mismo a la concentración, pero la no concesión de ese régimen, es decir, la aplicación pura y simple del sistema normal, es

perfectamente capaz de frustrar o impedir una amalgama. El instrumento fiscal en punto a fusiones es, pues, el arma más delicada que se pueda imaginar.

#### 4.- Las participaciones de capital ante el Derecho tributario.

Como observa agudamente el estudio de la Comisión del Mercado Común (hoy de las Comunidades Europeas), en las concentraciones por "reagrupamiento", o sea, mediante participaciones accionarias de una firma en otra u otras, el problema fiscal es de orden inverso al que suscitan las amalgamas fusionistas: en éstas, según acabamos de ver, el obstáculo reside en el coste de la operación ayuntadora; por el contrario, en los grupos de empresas que descansan sobre la posesión prolongada de paquetes accionarios entre dos o más compañías, el factor determinante es el "régimen de crucero" (página 18 del estudio), es decir, el nivel impositivo que gravita sobre la pluralidad de los componentes no en un momento determinado y por una sola vez, como en el supuesto anterior, sino a lo largo de todo un período.

Antes de apuntar, por vía de ejemplo, los ensayos legislativos más importantes por dotar de un régimen especial a las participaciones accionarias, señalemos que el único, aunque grave, problema fiscal que plantean es el peligro de doble imposición de los dividendos repartidos por la compañía "participada". En efecto, esos dividendos sufren, primero, la carga del Impuesto de Sociedades en el seno de la propia participada, y luego se ven nuevamente gravados por el mismo concepto a nivel de la sociedad participante o perceptora. El hecho no tiene mayor trascendencia y carece de influencia en la estructura de las empresas cuando el paquete es modesto, pero la perspectiva cambia diametralmente cuando la participación supone una proporción importante del capital. La solución no puede ser otra, por lo tanto, que gravar una sola vez esos di-



no de la perceptora. Lo ideal desde el punto de vista de la justicia y de la técnica impositiva, sería evidentemente dejar exenta toda participación de títulos, por pequeña que fuese, pero esta dispensa perfecta requeriría en la práctica cálculos e investigaciones onerosos y molestos para el Fisco y, en definitiva, para las compañías, máxime cuanto la participante tuviese una cartera de valores distribuida en multitud de paquetes reducidos entre sociedades diversas. Como dicen los franceses, "lo mejor es enemigo de lo bueno"; de ahí que, sacrificando los imperativos de la justicia a las exigencias de la eficacia, la inmensa mayoría de los ordenamientos limite la exención a las participaciones de proporción apreciable que permanezcan cierto tiempo, por ejemplo uno o dos años, en manos de la compañía poseedora, aceptando así un grado mínimo inevitable de doble imposición. Digamos, como dato adicional, que por ser Alemania el país donde mayor perfil institutivo ha cobrado el sistema, se ha logrado acuñar allí una expresión tan plástica como precisa para denominarlo: Schachtelprivileg, la cual significa literalmente "privilegio de la casilla", ya que, a efectos tributarios, se concibe a la sociedad matriz o participante como una caja o casilla (Schachtel), en la que va metida, total o parcialmente, la filial o participada.

En el plano del derecho comparado, la solución habitual, por ser en principio la más sencilla y segura para el Fisco, consiste en exigir el tributo a los dividendos de la "participada" y en eximirlos a nivel de la participante. Sin embargo, determinados ordenamientos, como el alemán, el luxemburgués y el holandés siguen el sistema inverso, o sea, eximir los dividendos de la entidad emisora y gravarlos después en la sociedad perceptora, en el momento en que ésta los distribuya a sus socios. Sería ocioso, por lo demás, proceder a una descripción detallista; limitémonos, pues, a enumerar al-

gunos ejemplos, sacados de los países principales. Desde luego, las diferencias son de puro matiz, y se centran en dos puntos: por una parte, qué porcentaje debe la participación alcanzar para que entre en juego la dispensa; por otra, si hay exención de la filial y gravamen de la matriz o a la inversa, punto que ya hemos considerado. Procede, pues, que tratemos exclusivamente del primero. Dentro del grupo, acusadamente minoritario, de ordenamientos que conceden la exención a toda clase de participaciones, sea cual fuere su cuantía porcentual, se hallan los Estados Unidos, la Gran Bretaña, Italia y Bélgica. En cambio, son cada día más numerosos los sistemas que, según anunciábamos, reservan el privilegio a las participaciones significativas, es decir, a las que verdaderamente "encasillan" a la sociedad participada en el seno de la participante: así, en Alemania, Luxemburgo y Países Bajos se exige que el paquete suponga el 25 por 100, al menos, del capital, y en Francia, el 10 por 100. Un tercer aspecto que conviene mencionar es la cuantía en que los dividendos quedan efectivamente exonerados, una vez sentado el principio de la dispensa, pues hay ordenamientos que conceden privilegio total y otros que sólo desgravan una parte, generalmente, mayoritaria, justo es señalarlo, de esos dividendos. Así, Alemania, Luxemburgo y Países Bajos aplican el beneficio de modo íntegro, desgravando el 100 por 100, mientras que Francia sólo concede exención del 95 por 100 del importe neto, sometiendo a gravamen el 5 por 100 en concepto de "gastos de administración", y lo mismo sucede en Bélgica. Como se aprecia, ciertos países son más liberales en un aspecto determinado, y otros, lo son en facetas distintas. Alemania, Luxemburgo y Países Bajos desgravan todo el importe del dividendo, pero sólo cuando la participación del perceptor supera la cuarta parte del capital de la entidad pagadora; en cambio, Bélgica, que hace tributar a una parte, aunque mínima, del beneficio distribuido, extiende el ámbito de la dispensa a todo supuesto posible de

hagamos una breve referencia al sistema español. En virtud de la disposición 12ª de la antigua Tarifa III de Utilidades, si entre los ingresos de una empresa figuraban "dividendos de otras sociedades" sujetas también a Tarifa III, se deducía de la cuota una parte proporcional al ochenta por cien de esos dividendos. Se trataba, pues, de una bonificación, no de una exención completa. Desaparecida la Tarifa III y creado en su lugar el Impuesto de Sociedades por la Ley de Presupuestos y Reformas Tributarias de 26 de diciembre de 1.957 (arts. 69-75), continuó, sin embargo, rigiendo la disposición 12ª por remisión expresa del citado texto, hasta que la última reforma general de junio de 1.964 (artº 99) ha introducido otro sistema, que tiene en común con el antiguo la nota de parcialidad. Efectivamente, según la Ley de 11 de junio de 1.964 y el texto refundido del Impuesto de referencia (artº 58, párrafo 1), "si entre los ingresos de la entidad computados para la determinación del beneficio figurasen dividendos de otras sociedades gravadas por este impuesto en el ejercicio con cargo a cuyos resultados sean repartidos, se deducirá de la cuota la parte proporcional al treinta y tres por ciento de aquellos dividendos, sea cual fuere la proporción en que hayan sido gravadas las sociedades pagadoras de los mismos". Se aprecia de modo meridiano que el nuevo régimen es bastante menos liberal que el anterior, pues del ochenta por ciento se baja al treinta y tres por ciento, que es menos de la mitad, y desde luego mucho menos abierto que el de la casi totalidad de las naciones industriales. Como la Exposición de Motivos de la Ley de 1964 nada dice sobre el particular en el apartado, por lo demás sugestivo, que dedica al Impuesto General de Sociedades, no cabe hacer afirmaciones categóricas sobre los móviles del legislador. Quizás haya influido decisivamente el temor de la Administración a que, so color de participaciones accionarias

parte sustancial de sus beneficios, pero esto no es más que una simple conjetura. En todo caso, es significativo que en los últimos tiempos se hayan alzado voces autorizadas contra la falta de una auténtica legislación fiscal de holdings en España, ya que las disposiciones actuales "castigan" toda renta societaria que pase de una entidad a otra (274).

¿Qué conclusión cabe extraer del análisis comparativo que antecede? Creemos que, en líneas generales, la fiscalidad no favorece, en sentido estricto, las participaciones de capital, sino que procura, especialmente en los últimos años, eliminar el coste adicional que deriva de la aplicación directa y rigurosa de las normas tributarias. De ahí que convenga, a nuestro juicio, acoger con suma reserva la palabra "privilegio" en esta materia, así como la afirmación de que instituciones como el Schachtelprivileg han contribuido decisivamente a consolidar el sistema de concernos (275); más correcto sería decir que esta técnica ha eliminado una de las trabas a la formación de grandes grupos que, de todos modos, también se habrían constituido. Efectivamente, con arreglo a imperativos elementales de equidad, del mismo orden que la regla procesal "non bis in idem", no se debe gravar dos veces con el mismo impuesto un hecho o supuesto determinado. Por consiguiente, exonerar a las participaciones accionarias de la doble tributación no es favor, sino acto de justicia impositiva. Se podrá estar en pro o en contra de las conexiones accionarias de capital, se podrá, incluso, postular, si se

---

(274) Cfr. declaraciones de JOSE MARIA NAHARRO, Catedrático de Economía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Consejero-Secretario General de Unión Explosivos Río Tinto, a la revista "Desarrollo" de 21.11.71 (rueda de prensa de la última página).

(275) Así, BUHLER, "Die Unternehmungszusammenfassungen im Steuerrecht", revista "Steuer und Wirtschaft", 1.942, página 741: "El destino de los concernos se decidió también, y seguirá decidiéndose probablemente..... en el terreno del derecho fiscal. Aquí ha sido necesaria una decisión clara del legislador por razón de la doble imposición, en favor o en contra de los concernos; la simple neutralidad benévola no habría bastado..." (citado por LENEL, op.cit., pág. 213).

taria para penalizarlas; dicho en otros términos, concebimos perfectamente, y admitimos que, en algunos casos, pueda ser necesario imponer a las empresas que se encuentran dominadas por una minoría de empresas con estrechos nexos de capital, que se niegue a las participaciones accionarias el régimen de exención. Ahora bien, la lógica y la honestidad más elementales obligan a quien tal sugiera a que llame a las cosas por su nombre y acepte las consecuencias, o sea, a que confiese paladinamente que aboga por la doble imposición en un momento en que se habla de suprimirla o, por lo menos, de reducirla al mínimo, tanto en la órbita de cada Estado como en la esfera internacional. Cuando se invoca el principio de neutralidad fiscal como base y fundamento de todo sistema impositivo sano y equilibrado, es ilógico que se hable al mismo tiempo de que las participaciones de capital gozan de un régimen privilegiado; por el contrario, tienen el trato que merecen, precisamente con arreglo a la exigencia de neutralidad, y por eso, no nos parece adecuada la expresión de "privilegio".

Valga, por lo demás, como observación final que, aun admitiendo la calificación de "trato de favor", el alcance del régimen nunca es total ni absoluto, pues en unos casos sólo juega a partir de cierto nivel y en otros no se desgrava la cuantía íntegra del dividendo procedente de la participación. En conclusión, lo único demostrado es que, por exigencias técnicas y, en cierto modo, éticas, las leyes fiscales suelen eliminar la duplicidad de gravámenes, eliminando parcialmente un obstáculo importante, aunque no decisivo, a las vinculaciones intersocietarias.

##### 5.- El reconocimiento fiscal del "grupo de empresas".-

Hasta aquí, el trato que el derecho fiscal dispensa al elemento más característico y visible de los complejos de sociedades, a saber, la tenencia de capital de una com-

régimen tributario a la estructura económica contemporánea.

Valga como metáfora que el régimen tributario de participantes y participadas no es más que el primer peldaño en la paulatina "escalada" fiscal de la concentración de empresas. El segundo escalón, a nuestro entender decisivo, consiste no ya en eximir o deducir la porción de beneficios de la matriz ya gravada en el seno de la filial, sino en reconocer lisa y llanamente que una y otra no forman más que un solo sujeto pasivo ante el Fisco, lo cual lleva aparejada la posibilidad, y esto es lo esencial, de compensar los beneficios de algunas de las firmas miembros del grupo con las eventuales pérdidas de otras, a la hora de concretar la base imponible global. En rigor, semejante evolución es el correlato, en el ámbito fiscal, de la registrada en el derecho de sociedades: si ya se reconoce personalidad jurídica al "grupo" de compañías, lógico es que se termine por conferirle personalidad tributaria.

La contribución esencial se debe al mundo anglosajón y al área germánica. Por un lado, el pragmatismo de los ordenamientos americano y británico, y por otro, el espíritu corporativo, organicista, de la ciencia jurídica alemana han llegado a elaboraciones conceptuales de signo análogo. Estudiemos a continuación la aportación germana.

En el Reich imperial era ya perceptible, a fines de siglo, un movimiento aumentativo de conexiones intersocietarias, por lo que la jurisprudencia improvisó, arbitrando soluciones anticipadas, en vista de que el Código nada decía. Así el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia empezó por otorgar en determinados casos la consideración de sujeto fiscal único a los complejos de dos (o más) sociedades en que una de ellas predominaba jurídica y económicamente hasta el punto de que la otra (o las demás) no ejerciese de hecho una voluntad propia, aunque formalmente apareciera como independiente

lo que más tarde ha recibido el nombre, hoy consagrado internacionalmente, de "teoría de la organicidad" (Organschaftstheorie), según la cual la sociedad segundona era simple "órgano" de la dominante. Inicialmente la ficción se aplicó al Impuesto sobre beneficios industriales; más tarde, bajo la República de Weimar, el Tribunal Financiero del Reich extendió el área de aplicación, primero al Impuesto de Sociedades y, luego, al de Ventas. En la cuarta década de la centuria, bajo el régimen nacionalsocialista, declarado impulsor de la concentración, el derecho positivo (Ley del Impuesto de Ventas, 1.934) acuña la noción de relación orgánica (Organverhältnis) y de sociedad-órgano (Organgesellschaft), calificando como tal a la que no tiene voluntad propia. La República Federal de Bonn no ha hecho más que proseguir por la senda trazada, ampliando el ámbito de vigencia del concepto (leyes del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Beneficios Industriales). Es interesante, por su claridad, la definición elaborada por una Ordenanza común de los Estados miembros (23 de octubre de 1.959), según la cual "organicidad" es una "relación que existe entre una empresa nacional (sea sociedad, unión de personas, masa patrimonial, sociedad de personas o empresa individual) y una sociedad nacional de capitales, en virtud de la cual la sociedad de capitales (Organ) está integrada en la otra firma nacional (Organträger) en cuanto a su cuadro global (Gesamtbild) de condiciones efectivas de orden financiero, económico y organizativo". Como se ve, hay cierto espíritu restrictivo en cuanto a la caracterización de la compañía subordinada, que tiene que ser necesariamente anónima o de responsabilidad limitada.

La jurisprudencia suele ser rigurosa, sin duda por el deseo de evitar fraudes fiscales: se exige, en primer lugar, que el encuadramiento del "órgano" en la entidad "superior"

segunda tenga actividad industrial propia y no simple carácter administrativo, y que, a su vez, la sociedad-órgano sea un departamento más o menos especializado. Esto no significa, sin embargo, que se requiera una participación total o poco menos en el capital de la firma inferior; normalmente basta que el paquete supere el 50 por 100 del capital, siendo, desde luego, excepcional que se admita la organicidad para participaciones inferiores a la mitad; en segundo lugar, se exige, como condición inexcusable, que exista un acuerdo explícito de transmisión de beneficios y pérdidas del "órgano" a la firma "superior", bien por toda la actividad de aquél, bien por un sector determinado. Ya vimos en el Capítulo relativo al Derecho de Sociedades cómo la vigente Ley alemana de compañías accionarias ha recogido y regulado este tipo de contratos bajo el título genérico de "contratos de empresa" en dos variantes, el contrato de dominación (Beherrschungsvertrag) y el de transmisión de beneficios (Gewinnabführungsvertrag). Cumplidas estas condiciones, se aplica el régimen orgánico, en virtud del cual "el beneficio obtenido por la sociedad-órgano se imputa al resultado obtenido por la sociedad superior, mientras que toda pérdida de la primera merma los beneficios o, en su caso, acrecienta las pérdidas de la segunda" (276). Ahora bien, no todos los beneficios, sino únicamente los que la Ley fiscal minuciosamente enumera, y en todo caso, sólo las sumas gravables por Impuesto de Sociedades, no las sujetas a impuestos sobre personas físicas, pueden ser objeto de transferencia contable. Además, el disfrute de la Organschaft por la sociedad dominante excluye el goce de regímenes especiales como el llamado (mal llamado, como dijimos) "privilegio de cobertura". Más aún, el Schachtelprivileg que, eventualmente, posea la sociedad-órgano por participaciones en el capital de una tercera, ya no se transmite a favor de la compañía dominante.

---

(276) HAROLD RASH:  
"Deutsches Konzernrecht", pág. 246, CARL HEYMANNS VERLAG,  
1.968, 4ª edic.



dos, como reconocen los especialistas (277), si el régimen de organicidad iba deliberadamente destinado a favorecer a los concernos o si surgió meramente de consideraciones ~~o~~ razonamientos jurídico-formales, aunque es cierto que en algunos momentos diversos órganos de la Administración Fiscal han fundamentado la utilidad de la figura con argumentos de orden económico y técnico, y si bien no han solido invocar el término "concentración", no por eso dejaban de pensar en objetivos de integración empresarial. Esta ha sido concretamente la actitud declarada por la Sala Quinta del Tribunal Federal Financiero (Busdesfinanzhof, abreviadamente BFH) respecto al Impuesto de Ventas. Bien es verdad que, en cambio, que la Sala del Impuesto de Sociedades ha sido más reticente y hasta adversa a la concentración, afirmando en distintos considerandos que no sólo no tenía el derecho tributario por qué fomentar el ayuntamiento de empresas a través de calificaciones de organicidad, sino que tenía, incluso, la misión de contribuir a combatirlas (278). Lo cierto es que, de todos modos, a los efectos concretos del "Organschaftsprivileg", se ha desatado una polémica en regla. Muchos son los defensores de la figura, por entender que se trata de un mal menor, con el que se evitan las fusiones totales, y no falta quien asegure que las medidas sugeridas contra los concernos, entre ellas la supresión del régimen, con el objetivo loable de descentralizar el poder económico, inducirían, en último término, a las firmas a fusionarse. Sostienen los adversarios que, al ser la fórmula del concerno "más sencilla, más barata y menos arriesgada que la fusión" (LENEL) y al no haber diferencia notable de facto entre ambas en cuanto a la distribución de poderes decisorios en los distintos escalones, el sistema del "órgano" ha favorecido, en definitiva, la concentración, al eliminar la tributación separada

---

(277) P. ej. LENEL, op. cit., página 213.

(278) Cfr. LENEL, op. cit., página 207.

pensación recíproca de pérdidas y ganancias.

No nos pronunciamos; simplemente dejamos constancia de los términos en que se ha planteado el problema, si bien nos atrevemos a puntualizar algo que ya dijimos en la conclusión del apartado anterior: si se proclama el principio de neutralidad fiscal, según el cual el impuesto no debe interferir ni desvirtuar el cauce o la dirección natural de los procesos económicos, gravando artificiosa y discriminatoriamente determinados actos u operaciones, no se puede al mismo tiempo decir, con rigor científico, que la "organicidad" es un "privilegio" (como tampoco lo es el "Schachtel"); es pura y simplemente el reconocimiento jurídico de una situación fáctica de interconexión, de intercomunicación de pérdidas y beneficios por dos o más sociedades.

Veamos ahora los rasgos del sistema anglosajón, que, en suma, son los mismos, aunque con menor elaboración doctrinal. Fue en 1.917 cuando por primera vez las autoridades federales de los Estados Unidos dictaron normas que obligaban a las sociedades conectadas por participaciones de capital (affiliated interests) a conjugar contablemente sus ingresos y fue al año siguiente cuando, con motivo de la aprobación por el Congreso de la Ley de Ingresos (Revenue Act) del correspondiente ejercicio financiero, recibió el precepto su consagración. A partir de entonces se desarrolló el sistema hasta cristalizar en los artículos 1.501 y siguientes del Código Tributario Interior (Internal Revenue Code) de 1954, a punto de reformarse, por cierto, en la sección de referencia (279). El concepto central del derecho norteamericano es el de "affiliated group of corporations", traducible por grupo orgánico de

(279) Cfr. Notes: The affiliated group as a tax entity: a proposed revision of the consolidated returns regulations, en "Harvard Law Review", volumen 78, nº 7, mayo de 1965, páginas 1.415-1.433.

cadena de compañías conectadas a través de participaciones de capital con una matriz común (parent corporation), siempre que el ochenta por ciento de las acciones con derecho a voto en ca da compañía y el ochenta por ciento de todo el capital sin derecho a él (280) sean poseídos directamente por sociedades miembros del complejo y que la matriz sea propietaria de una, por lo menos, de las filiales, en esa misma proporción. Ahora bien, el grupo sólo podrá constar, como máximo, de dos filiales. No se admite, por otra parte, la "consolidation" de compañías extranjeras, con una sola excepción, ~~reveladora~~ de las relaciones económicas entre los Estados Unidos y sus vecinos: el caso de filiales al cien por cien establecidas en Canadá o México.

Pues bien, el Internal Revenue Code concede (artº 1.501) a todo grupo orgánico el privilegio de solicitar tributación conjunta (consolidated tax return), con tal de que to dos sus miembros acepten las normas del artículo siguiente. De este modo, en vez de pagar cada compañía su propio impuesto de "corporaciones", se aúnan las bases imponibles, se compensan los beneficios y las pérdidas en las transacciones intersocie- tarias (intercompany transactions), y se obtiene así el "consolidated net taxable income", o sea, el beneficio global neto imponible. Se reconoce, pues, legalmente a los complejos orgánicos la categoría de unidad económica (single economic entity), si bien es verdad que las normas vigentes lo hacen de modo muy imperfecto. Así, una corporación única que desempeñe empresas sin relación entre sí, queda sometida a tributación como si fuera una entidad económicamente "integrada"; en cambio, las sociedades hermanas, a menos que tengan una matriz co mún, son gravadas independientemente, abstracción hecha de su efectiva integración económica.

---

(280) Se excluye el capital que, no teniendo derecho de voto, esté limitado en su circulación y sólo tenga carácter preferente para el pago de dividendos.

conjunto (consolidated balance-sheet), lo cual impone a todos los miembros del grupo la obligación legal de tomar como referencia el mismo lapso para el ejercicio económico, así como la uniformidad de su contabilidad y libros comerciales.

Resumamos las ventajas y los inconvenientes del régimen (OTTMAR BUHLER, op. cit., pág. 1.241):

a) son aquéllas:

- compensación inmediata, automática, de las pérdidas de una compañía con las ganancias de otra;

- no consideración como beneficios imponibles de las transacciones puramente internas de las sociedades del grupo;

- exención total, y no sólo hasta el 85 por 100, como en el régimen de participaciones simples, de los dividendos percibidos por la matriz o por otro miembro cualquiera en procedencia de otra de las sociedades del complejo;

- no necesidad de un control riguroso de los precios de compensación o ajuste, y, por consiguiente, de todo cálculo rigorista de la explotación industrial en cada uno de los miembros del grupo;

- alivio del trabajo burocrático y administrativo, tanto para los contribuyentes como para la propia autoridad de Hacienda, toda vez que la matriz representa al conjunto de las sociedades miembros frente al Fisco.

b) Los inconvenientes son:

- Aplicación exclusiva al beneficio global del grupo, y no a cada compañía miembro, del tipo reducido del 30 por 100 para los primeros veinticinco mil dólares de beneficio;

- Obligatoriedad de coincidencia entre el ejercicio económico y las bases de llevanza de libros;

- Continuidad imperativa del sistema, una vez formulada y obtenida por el grupo la imposición conjunta. Sólo ca

pañía en el complejo; si la Ley o los reglamentos (Regulations) especiales para el grupo establecen normas más desfavorables que las inicialmente aplicables, o si, por último, el Fisco otorga una autorización especial.

Hasta 1.964 regía una sobretasa (surtax) o recargo del dos por ciento sobre el beneficio global, lo que suponía evidente discriminación contra el grupo, el cual sólo desde el año de referencia se encuentra en pie de igualdad tributaria con la sociedad individual.

Normalmente, sólo se solicita la imposición conjunta cuando derivan de ellas ventajas apreciables en el primer año, por ejemplo, cuando una sociedad haya sufrido pérdidas fuertes y éstas puedan computarse para reducir la ganancia imponible de otra que posea del capital de la primera las proporciones mayoritarias fijadas por la Ley. Es muy frecuente el caso en las industrias del petróleo y del carbón, así como en teléfonos y telégrafos.

Según los propios expertos alemanes (281), el sistema americano del balance unificado va más allá que el régimen de Organschaft, porque, en primer lugar, exonera de tributación los beneficios generados dentro del grupo como consecuencia de transacciones internas, si bien es verdad que la Organschaft logra parcialmente lo mismo cuando se aplica en el marco del Impuesto sobre las Ventas (hoy sobre el Valor Añadido), y porque, en segundo término, las filiales del grupo renuncian por completo a su independencia fiscal (aunque sigan obligadas a llevar libros y cuentas propias) y no tienen que hacer declaración alguna a efectos de impuestos.

La solución alemana irradió legislativamente a Austria y doctrinalmente a otras naciones europeas, mientras que el método americano se **exportó** al Canadá, a Holanda (donde se

---

(281) Cfr. OTTMAR BUHLER, op. cit., página 1.242.

Bretaña, que, como siempre, introdujo matices peculiares, - en algunos aspectos más liberales, más rígidos en otros. Por una parte, en Inglaterra se exige una participación menor que en los Estados Unidos, concretamente el 75 por 100, y por otra, no es obligatorio que la tributación conjunta se aplique a todas las compañías del grupo, pues la matriz queda facultada para solicitar la sumisión de una sola de las filiales. En cambio, una vez formulada la opción por las sociedades componentes, éstas quedan sometidas al sistema, mientras la matriz siga conservando el 75 por 100 de su respectivo capital.

Quedaba el grupo de los ordenamientos latinos -Italia, Francia, España, y también Bélgica y Suiza en el plano de la doctrina jurídica, aunque en menor grado-, ordenamientos que, por su concepción formalista de la personalidad moral de las sociedades mercantiles, eran tradicionalmente reacios a calificar como unidad tributaria lo que estructural y jurídica-mente es una pluralidad de personas. Sin embargo, en los últimos tiempos se observa, seguramente por influjo tanto de las técnicas estadounidenses como de las doctrinas alemanas, un atisbo de adopción del balance consolidado, como cabe fácilmente comprobar en la sección de sociedades del Journal de Genève, Neue Zürcher Zeitung, Le Monde, Il Corriere della Sera, etc.

A remolque, como casi siempre, de la sociología, el derecho positivo empieza a reflejar el movimiento, introduciendo, de momento con carácter facultativo para las sociedades, la figura del balance global. Así, la repetida Ley francesa de 12 de julio de 1965 (artº 22) abre la puerta a la consolidación, disponiendo que las compañías del país podrán contabilizar en ganancias imponibles el resultado de sus explotaciones directas o indirectas tanto en la nación como en el extranjero, siendo reveladora la palabra "indirectas", que en buena lógica sólo puede aludir al supuesto de sociedades más o menos dominadas

mana de Sociedades Anónimas de 1965 regula ya en una sucesión de artículos el "Konzernbilanz", o sea, el balance de grupo.

Por lo que se refiere a España, su ordenamiento ha experimentado, a partir de la guerra civil, tanto la influencia de la Organstheorie como del balance unificado, si bien la recepción de entrambas figuras ha sido más bien platónica, sobre todo por lo que a la segunda se refiere. Concretamente, el texto refundido del Impuesto de Sociedades dispone (artº 22, primer párrafo): "Cuando una sociedad, mediante la posesión de acciones o participaciones, ejerce el control sobre otras entidades, la base imponible y los demás elementos determinantes del impuesto podrán cifrarse mediante la consolidación o integración de sus respectivos balances y cuentas de resultados, considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas al mismo". Ahora bien, al final del artículo se especifica que la aplicación de lo dispuesto en él se realizará "en virtud de acuerdo del Ministro de Hacienda, previo informe del Jurado Central Tributario".

En conclusión, cabe decir, mutatis mutandis, lo apuntado ya a propósito del régimen de participaciones: estamos indudablemente ante técnicas que aligeran en buena parte el fardo tributario que la aplicación mecánica del derecho fiscal clásico, basado en la sociedad individual como sujeto pasivo, ocasionaría a los grupos y complejos intersoecietarios. No cabe, pues, negar que "objetivamente", como tanto gustan de decir los marxistas, el sistema tributario coadyuva a la consolidación de los grandes conglomerados industriales y financieros. Ahora bien, un análisis mínimamente "objetivo" no

---

(282) Cfr. FRANCOIS GILLE, "Le régime fiscal des groupes de sociétés", página 57, en "La fiscalité et l'entreprise", París, 1967, DUNOD (seminario organizado por el Instituto de Administración de Empresas de la Universidad de París).

en los Estados Unidos y en Alemania ya estaban trusts y concernos, respectivamente, archidesarrollados cuando empezaron a implantarse las fórmulas recién estudiadas, y que desde entonces, si bien la concentración ha progresado en esos países, no lo ha hecho al mismo ritmo, ni siquiera al que muchos economistas predecían. En rigor, el régimen de balance unificado y el de organicidad han sido consecuencia, más que causa o factor, del fenómeno económico de los grupos, aunque concedamos que, una vez establecidos, han ayudado a que la integración empresarial continuara. Ahora bien, no está en absoluto demostrado que la hayan acelerado, sino que, al menos en dos de las naciones exponentes del capitalismo, han coincidido con largos períodos en que el aglutinamiento entre las grandes empresas, aun siendo notable, no ha progresado de forma tan espectacular como a principios de siglo. Por lo demás, según acabamos de demostrar con la exposición detallada de los principales ordenamientos, no todo es ventaja en esas fórmulas tributarias ni se concede con facilidad el trato de "grupo" a cualquier complejo de compañías, antes bien, sólo en condiciones muy restrictivas. Una vez más llegamos a la deducción de que lo tributario tiene sólo influencia incidental y secundaria.

#### 6.- El régimen fiscal de la concentración en el plano internacional.-

Los concernos, trusts y holdings ya no surgen y se desarrollan en el marco de las fronteras nacionales, sino que nacen y rebrotan y se extienden en varios Estados a la vez o, nacidos en un punto concreto, irradian a veces a todo el orbe, en virtud de un proceso de universalización de las relaciones humanas. Sin embargo, uno de los cauces menos laborados aún por el derecho fiscal hasta hace aproximadamente un decenio ha sido el problema del trato que procede dar a las amalgamas su-



ciudades sometidas a diversas esferas de soberanía tributaria.

El punto de partida radica en el hecho de que todo Estado monta guardia celosa sobre una soberanía fiscal que es no sólo atributo simbólico frente al exterior, sino también instrumento de recaudación para su Hacienda y defensa de su economía frente a la acción de grupos o intereses foráneos. El resultado es palmario: cada Estado grava los beneficios generados por actividades desenvueltas en su territorio, abstracción hecha de si el titular es nacional o extranjero, en virtud del principio político que los franceses llaman "egoísmo sagrado" (égoïsme sacré), según el cual lo propio, lo nacional, por el simple hecho de serlo, y más aún si es de índole crematística, priva absolutamente sobre lo extranjero. En el plano empresarial, esto implica que normalmente habrá doble imposición: los beneficios o ganancias obtenidos por una sociedad A en otro país mediante establecimiento permanente a su nombre serán gravados así por la nación de origen, o sea, donde los beneficios se han generado, como por el Estado cuya es la compañía A, y lo mismo sucederá con los dividendos en el supuesto de que una firma participe en el capital de otra situada en país diferente, y con las aportaciones que se efectúen a través de las fronteras nacionales al socaire de fusiones.

Fácil es comprender que, al menos en teoría, la compartimentación rígida de las áreas tributarias supone un freno, aunque no insalvable, a la expansión de los grupos. La diferencia de tipos impositivos, la duplicación del gravamen por conceptos idénticos y la disparidad de regímenes contables entre las naciones son otros tantos factores que entorpecen el proceso de integración empresarial. Ejemplo reciente es la constitución del holding Agfa-Gevaert, entre la firma alemana Agfa y la belga Gevaert, entrambas dedicadas al material fotográfico, aportando cada una el 50 por 100, siendo así que sus

tratándose de dos empresas del Mercado Común. Sin embargo, no conviene dramatizar: difícilmente podrán concebirse sistemas jurídicos y fiscales más distintos que los europeos y el estadounidense, sin perjuicio de que los colosos americanos -Ford, Chrysler, ITT, General Electric, Parke Davis, Monsanto, Allied Chemical, Kaiser Aluminium, Bank of America, Standard, etc. hayan sentado y sigan sentando cabezas de puente con insolente facilidad en París, Amsterdam, Francfort, Milán, Ginebra, Londres y Bruselas. La muralla fiscal es absolutamente incapaz de proteger las playas del Viejo Continente contra lo que numerosos políticos y economistas, arrogándose el papel de LAOCOONTE, denuncian como caballo de Troya de la invasión yanqui.

Se plantean problemas de doble imposición en casi todas las figuras de impuestos directos e indirectos: por lo que toca a la primera categoría, la cuestión afecta a los de Rentas del Capital, Beneficios Industriales y Comerciales, Sociedades y, en última instancia, al de Renta de Personas Físicas, y por lo que atañe a la segunda, al de Transmisiones Patrimoniales y al de Ventas o, en su caso, al del Valor Añadido. Nos centraremos, a título selectivo, en el Impuesto de Rentas de Capital, ya que el régimen de los dividendos entre sociedades de diferentes Estados es una de las cuestiones más espinosas de las relaciones económicas internacionales.

En el Impuesto de Capital hay que considerar la posibilidad de que los dividendos por acciones u otros títulos de participación social de una compañía nacional filial de otra extranjera tributen dos veces: una, en el país donde se han originado (país que llamaremos en lo sucesivo "de origen"), y otra, en el de la sociedad matriz (país que llamaremos "de destino").

La práctica normal, casi universal, consiste en que cada nación perciba el impuesto sobre las rentas o dividendos generados en su propio territorio, y que al mismo tiempo exo-

con cargo a filiales o establecimientos extranjeros, y que, correlativamente, en el Impuesto de Sociedades, cada país grave los beneficios de compañías extranjeras o de filiales nacionales de firmas foráneas en la cuantía en que procedan de la actividad desarrollada en territorio propio, y que inversamente exima a las compañías matrices nacionales por la parte de beneficio obtenida en el exterior. Dicho familiarmente, lo que rige es la "ley del embudo", ancho para recibir, angosto para otorgar, aunque también aquí hay matices: por ejemplo, Francia, Bélgica y Países Bajos aplican "automáticamente" (283) el sistema nacional a los beneficios procedentes de filiales extranjeras, mientras que Alemania y Luxemburgo sólo lo conceden por vía de convenio. Igualmente depende de convenios el régimen de deducciones en la base imponible.

Ahora bien, la discriminación no resuelve ningún problema, por ser método simplista y rudimentario. En primer lugar, no suele haber compensación entre lo que se grava en territorio propio con destino al extranjero y lo que se exima en procedencia de allí, ya que no coinciden los tipos impositivos ni las normas de estimación de la base imponible. Por ejemplo, en España el Impuesto de Sociedades se cifra para las anónimas en el 30 por 100 del beneficio y en Francia en el 50 por 100. No es, pues, indiferente para una compañía tener el sesenta por ciento de su negocio al otro lado de los Pirineos y aquí el cuarenta por ciento restante o viceversa. En segundo término, surge inevitablemente en el Fisco de toda nación receptora de inversiones extranjeras el temor al colonialismo económico de los grupos internacionales y al peligro de evasión fiscal, disfrazada de envío de beneficios a la matriz o de contratos de compra por la filial a la matriz a precios desorbitados, con lo que, en definitiva, no basta el

---

(283) Ver estudio del Mercado Común sobre el problema de la concentración (página 19).

referencia (284). Un tercer elemento de juicio, si bien excepcional, es que algunos países normalmente exportadores de capital miran con recelo las inversiones de sus empresas en naciones que tienen regímenes fiscales más favorables, especialmente en las llamadas "paraísos fiscales" (tax havens), como Mónaco, Liechtenstein, Panamá, etc., por lo que no vacilan en gravar los dividendos de las filiales allí situadas, para desalentar toda veleidad de evasión tributaria (285).

¿Cuál ha sido, pues, la fórmula práctica para suprimir o, mejor dicho, aliviar la doble imposición internacional? Fundamentalmente los tratados bilaterales entre los principales países afectados por las inversiones transfronterizas, como inversores unos, como receptores los otros. Para lograr la máxima armonía posible, las grandes organizaciones supranacionales, desde la Sociedad de Naciones acá, han elaborado "convenios modelo" susceptibles de servir de guía a los Gobiernos. Por lo que se refiere al Impuesto sobre Rentas del Capital, la inmensa mayoría de los Estados se atenía tradicionalmente, según hemos indicado, a gravar los dividendos en el país de origen, práctica de la que surgió el artículo 9º del Convenio modelo de México, elaborado por la propia S. de N.:

---

(284) Cfr. MICHEL VANHAECKE, op. cit., págs. 403-404: "las sociedades matrices extranjeras, después de haber fundado una filial en Francia, mantienen generalmente con ésta relaciones comerciales muy asiduas. Las más de las veces, las filiales francesas tienen por finalidad, ora fabricar por medio de piezas sueltas importadas determinados artículos manufacturados, ora, más sencillamente, colocar en el mercado francés los productos de la matriz extranjera ..... Además, la matriz puede obligar a su filial a utilizar un margen de beneficios mínimo, suficiente para cubrir sólo sus gastos generales".

(285) Así, desde 1.962 los Estados Unidos han dispuesto que la matriz norteamericana que posea un paquete del 10 por 100, por lo menos, de una filial foránea "controlada", es decir, de una firma cuyo capital pertenezca, en más de la mitad, a socios americanos, debe englobar en su renta imponible una fracción (proporcional a su paquete) de ciertos beneficios procedentes de esa filial, los cuales reciben el nombre de "suspect income" (rentas sospechosas).

el Estado contratante donde fueran invertidas". En la misma línea se redactó el artículo 8º, párrafo primero, del Convenio de Londres, también bajo los auspicios de la S. de N. (286). Ahora bien, como al mismo tiempo los Estados perceptores no renunciaban a desgravar, siquiera en parte, esos dividendos de origen exterior, con lo que subsistía la duplicidad impositiva, el artículo 8º añadía un segundo párrafo, a tenor del cual "los dividendos pagados por una sociedad de capitales que tenga su domicilio fiscal en uno de los Estados contratantes, a una sociedad de capitales que tenga su sede fiscal en el otro Estado contratante y posea una participación dominante en la dirección o el capital de la sociedad que paga los dividendos, serán exonerados del impuesto en el primer Estado". El Convenio discrimina, pues, entre paquetes modestos y participaciones de control: los dividendos causados por los primeros quedan sometidos a gravamen en el país de origen, sin que a los redactores del texto parezca haber importado poco ni mucho lo que suceda luego en el país de destino; en cambio, los dividendos generados por las segundas quedan taxativamente exceptuados de todo gravamen en origen y adscritos en exclusiva a la fiscalidad de la nación destinataria. El planteamiento no deja de recordar, mutatis mutandis, el que ya se analizó a propósito del régimen interior de participaciones en la mayor parte de los Estados.

Señalemos, por lo demás, que la técnica de exención ha hecho progresos: del sistema tradicional, un poco tosco, de la "deducción impuesto de impuesto", consistente en restar de la cuota del país receptor la satisfecha antes en el de origen,

---

(286) "Los dividendos y demás rentas procedentes de acciones de una sociedad de capitales, las participaciones de beneficios que correspondan a los socios de una sociedad de personas de responsabilidad limitada, sólo serán imponibles en el Estado contratante donde tuviere su domicilio fiscal la sociedad de capitales o la sociedad de personas".

se va pasando al principio de exención de bases imponibles, según el cual no se computan como líquido imponible en uno de los países los ingresos que hayan sido ya gravados por el impuesto equivalente en el extranjero.

Reviste indudable interés el modelo de Convenio de la OCDE (1962), que, ratificado por España, constituye, jurídicamente hablando, mera recomendación a los Estados miembros, sin perjuicio de que los países que en sus convenios bilaterales con otros componentes de la Organización, se aparten o desvíen del modelo estén obligados a "explicar" ante la OCDE los motivos de la divergencia. Pues bien, el acuerdo, que se basa en la exención de bases, y que, en el espíritu de sus redactores, iba dirigido a superar totalmente el nacionalismo fiscal, se limita, por falta de consenso entre los firmantes, a una solución de compromiso en materia de dividendos, así como de intereses y regalías de patentes. Concretamente, el artículo XX reparte el gravamen del dividendo, si bien desequilibradamente: en efecto, el Estado de origen conserva el derecho de retener hasta el 15 por 100, proporción que se reduce al 5 por 100 cuando la sociedad matriz o participante extranjera tenga, por lo menos, el 25 por 100 del capital de la primera, y el resto es gravado por el país de destino. En otras palabras: hay dos regímenes, uno, para paquetes pequeños, y otro, para las participaciones de tipo "Schachtel". Ahora bien, como agudamente apunta el Informe NEUMARK (página 131), tratando la cuestión en el plano estricto del Mercado Común, desde el punto de vista de la armonización tributaria la disposición es insuficiente y reclama un complemento, pues, tal como está redactada, pone coto a la competencia del Estado de la filial, pero no a la del Estado de la matriz: "Parece normal -dice el Informe- que si el Convenio modelo pide al Estado de la fuente de los ingresos .... limitar su percepción al 5% del dividendo, no sea para que el Estado donde tiene su sede

que se aplicaría si la filial fuese ..... una compañía nacional". A renglón seguido comenta: "La verdadera intención que sirve de fundamento a la norma-modelo es proteger en el plano de las relaciones internacionales el régimen de las sociedades matrices y filiales (Schachtelprivileg)". Como se sabe, precisamente una de las recomendaciones principales del Comité NEUMARK ha sido extender al ámbito de la pequeña Europa el régimen especial de Schachtel.

¿Cuál ha sido el fruto del patrón elaborado por la OCDE? Es innegable que conforme a él se han suscrito numerosos convenios bilaterales y que se ha logrado un acercamiento entre los regímenes nacionales, pero no es menos cierto que aún queda un largo camino que recorrer, no sólo a escala de la OCDE entera, sino en ámbitos más reducidos y coherentes, como los Seis del Mercado Común. Dice el estudio de la Comisión de Bruselas sobre el problema de la concentración en el Mercado Común (página 19) algo que, en definitiva, es aplicable a todos los países: "... los obstáculos fiscales hacen vana o más difícil la adquisición de participaciones financieras en empresas extranjeras, aunque sea jurídicamente posible, y no existe reglamentación fiscal para efectuar fusiones internacionales o es ineficaz". Las razones son meridianas: diferencias entre los tipos impositivos del mismo tributo en los diversos países, disparidad de estructura y concepción fundamental del mismo impuesto, y también, a menudo, desconfianza y recelo mutuo en la práctica administrativa. No tiene nada de extraño en estas circunstancias que encuentren más facilidades en unos países que en otros las participaciones societarias de las firmas extranjeras. Verbigracia, los dividendos pagaderos por una filial francesa a su matriz, siempre que ésta tenga su domicilio en otro país del Mercado Común, sufrirán diferente "retención en origen", según cuál sea la nación

es Holanda; será del 15% si los dividendos van a Italia o Alemania; del 18% si van a Bélgica y del 25% si van a Luxemburgo.

Una vez más, la deducción general es palmaria: la pluralidad de ordenamientos fiscales nacionales opera más bien en contra de la concentración internacional, y no a su favor, y desde luego, no cabe hablar en absoluto, por lo que a la situación tradicional se refiere, de una "internacional del capitalismo". Precisamente parece suceder en ciertas naciones industriales lo contrario, o sea, el temor a la colonización por otras más fuertes, temor del que deriva fundamentalmente el levantamiento de barreras fiscales. De no ser cierta esta conclusión, no habrían tenido siquiera razón de ser el Informe NEUMARK ni las páginas de la Comisión de Bruselas dedicadas al aspecto fiscal. Una vez más, se comprueba que el derecho fiscal clásico ejerce influencia negativa, inhibitoria; de lo que se trata ahora, en el espíritu de entrambos estudios, es precisamente de lo contrario, es decir, de que desaparezcan los que, parodiando al General PRIM, cabría calificar de "obstáculos tradicionales".

Examinemos, a título de curiosidad, las sugerencias del Comité NEUMARK y de la Comisión del Mercado Común. El primero empieza con una declaración ambiciosa, según la cual el ideal de un verdadero "mercado común" sería, especialmente en el Impuesto de Sociedades, "centralizar las operaciones de determinación de la base del impuesto" en un solo Estado, que "sería normalmente el del domicilio fiscal o el del lugar en que se ejerce la mayor parte de las actividades profesionales o de los negocios" de la empresa supranacional. Sólo así se

(287) Ver ponencia de J. KAUFFMAN, "Kooperation und Konzentration unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten", en el Segundo Foro de Bruselas (1967) sobre "derecho de cárteles", cuyos debates se han publicado en el volumen "Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt", 1.968, edit. CARL HEYMANN.



eliminaría por completo la doble imposición. Ahora bien, reconociendo que semejante sistema exige el abandono de los reflejos nacionalistas, momento que aún no se ve cercano, el Comité se pronuncia, invocando el artículo 220 del propio Tratado de Roma, por la "armonización" de los ordenamientos tributarios nacionales, como primer paso imprescindible, y aboga por evitar la duplicidad impositiva mediante "reglas concordantes, si no **uniformes**, en las relaciones de cada uno de los Estados con sus cinco co-signatarios y, por lo tanto, en el territorio del Mercado Común". Esas reglas podrían ser las mismas que sugieren las recomendaciones del Consejo Fiscal de la OCDE, sin perjuicio de que cada país introduzca las enmiendas y complementos de pormenor que le parezcan convenientes en casos específicos. Más adelante, se iría a la sustitución de la red existente de convenios bilaterales por "un convenio multilateral", que debería basarse, asimismo, en el modelo de la OCDE, y por último, preconiza el Comité, como garantía de que el Convenio multilateral se aplique e interprete con uniformidad, instituir un procedimiento arbitral colectivo, así como una jurisdicción fiscal común.

Está clara la filosofía del Comité, que es, en definitiva, la misma que la del Tratado fundacional de la Comunidad: mientras no sea posible un poder central único, hay que procurar que los diversos poderes nacionales operen al unísono, que en esto consiste la "armonía"; en espera de la unidad de decisión, que haya, al menos, uniformidad en las decisiones. Precisamente ha sido ésta, y con éxito, justo es decirlo, la línea adoptada por el Comité en punto al Impuesto General de Ventas.

Por lo que se refiere estrictamente al régimen de participaciones entre sociedades de países distintos dentro de la Comunidad, la "conclusión" de la Comisión de Bruselas (1966), que sigue en este punto, como en otros, muy de cerca los pasos

la doble imposición cuando la participación sobrepase cierto nivel, medida que podría facilitar, en plazo relativamente breve, la adquisición de participaciones financieras en sociedades extranjeras de capitales". Por cierto, comenta el estudio a renglón seguido que, "la reglamentación de las fusiones internacionales es mucho más complicada y exigirá trabajos muy importantes, tanto desde el punto de vista del derecho de sociedades como desde el punto de vista del derecho fiscal". Sobre estos dos puntos, participaciones y fusiones, la Comisión transmitió al Consejo de Ministros en febrero de 1969 sendas directivas, si bien la referente a participaciones abarcaba también los establecimientos permanentes de compañías de uno de los países miembros en otra nación componente de la Comunidad. En materia de participaciones o, dicho más exactamente, de matrices y filiales, sugiere la directiva lo siguiente:

- la regla, que en buena doctrina ya nadie discute, de que se aplique a la matriz, con referencia a los beneficios que reciba de sus filiales extranjeras del Mercado Común, la misma exención a que tendría derecho por concepto de dividendos que percibiese de filiales situadas en su propio país;

- armonización, y ésta es la propuesta más delicada, de los distintos métodos nacionales de retención de los beneficios de la filial en el país respectivo, o sea, antes de que la filial distribuya el dividendo. Entre los dos métodos normalmente empleados (vide supra, epígrafe 5), la retención a nivel de la filial, que es el más usual, y la retención en el escalón de la matriz, la Comisión ha optado por el segundo, teniendo en cuenta varias consideraciones: primera, que la deducción en el país de origen penalizaría a las matrices que tuviesen actividad comercial propia, mermándoles sus posibilidades de autofinanciación; segunda, que la deduc-

soluta en cuanto al destino ulterior que la matriz asigne a los dividendos percibidos de sus filiales, ya que se tratará a la entidad como si ella misma hubiese realizado directamente el beneficio; tercera, que como el Impuesto sobre Rentas del Capital se configura ya en todos los ordenamientos avanzados como mero tributo "a cuenta" del Impuesto de Sociedades, y teniendo, al fin y al cabo, la entidad receptora que pagar posteriormente por este segundo título, no tendría mayor sentido que el tributo "a cuenta" se pague en el país de origen, pues no es en él, sino en el párcceptor, donde se satisfará el gravamen definitivo de Sociedades.

Por fin, la Comisión sugiere para las sociedades-madres que poseen participaciones muy sustanciales la posibilidad de optar por el régimen del "beneficio consolidado" o integral, según el cual se suman a los resultados de la matriz los de sus filiales en proporción al capital que la primera posea de éstas, sin dejar de tener en cuenta que los beneficios así acumulados han sido ya gravados por los Estados de las filiales. De este modo, se compensan las pérdidas y ganancias de todas las entidades. Se trata, evidentemente, de la técnica norteamericana, ya analizada, del "grupo de sociedades".

## 7.- Conclusiones resumidas.-

Primera.- El derecho fiscal es factor más bien secundario en la estructura y dimensión de la empresa, la cual crece y se desarrolla por motivos fundamentalmente tecnológicos, financieros, comerciales y psicológicos (política de prestigio, por ejemplo).

Segunda.- Matizando, sin embargo, la afirmación anterior, digamos que el derecho fiscal clásico ejerce un efecto relativamente moderador de la concentración. En otras pa-

taculizar determinadas amalgamas, que efectos positivos de impulsión o fomento.

Tercera.- No obstante, en casos particulares, menos numerosos, por cierto de lo que se cree y se dice, el derecho tributario favorece en términos comparativos a la gran empresa. Este es, por ejemplo, el caso de los tipos uniformes de imposición en los impuestos directos, sobre todo el de beneficios industriales y el de Sociedades, así como la figura del impuesto plurifásico, o en cascada, sobre las ventas globales de la empresa. Hasta cierto punto, cabe decir lo mismo de los regímenes de amortización acelerada y de amortización instantánea.

Cuarta.- Ahora bien, lo antecedente queda holgadamente contrarrestado en la balanza crítica por la existencia de variadísimas exenciones y disposiciones de auténtico favor (aquí si que cabe hablar de "privilegios") en beneficio de la empresa pequeña, sobre todo la de tipo individual o familiar. Así, la existencia de volúmenes mínimos anuales de ventas que se declaran exentos de gravamen sobre los beneficios o sobre las rentas de trabajo personal, o incluso, en ocasiones, exentas del Impuesto de Sociedades; la imposición a las sociedades anónimas de tipos generalmente más elevados que los que se aplican a las regulares colectivas o comanditarias, que suelen ser menores en envergadura; la exención también, en los modernos impuestos sobre el valor añadido, de un mínimo anual de ventas, con lo que virtualmente la firma modesta y la tienda de barrio se ven libres de gravamen por este concepto.

Quinta.- Por lo que se refiere a las participaciones de capital entre empresas, casi siempre hay un grado, bien que poco significativo, de doble imposición a nivel nacional, y desde luego, más importante a nivel internacional. Verdad es que esta duplicidad no ha impedido en absoluto que proliferen

quetes sustanciosos del capital de otras, pero media un abismo dialéctico de esta observación fáctica a la creencia de algunos en un supuesto favoritismo del sistema tributario.

Sexto..- En materia de fusiones, es donde cabría decir con más rotundidad que el derecho impositivo de régimen normal es, en ocasiones, prohibitivo de toda amalgama por el tremendo coste adicional que hace pesar sobre la tesorería de las firmas fusionantes. También hay que observar aquí, en honor a la realidad, que el derecho tributario no ha impedido el desarrollo de un vasto movimiento de integración societaria en todas las naciones desarrolladas. Efectivamente, pero a eso replicamos, precisamente invocando el principio clásico de neutralidad, que el derecho fiscal no tenía, en rigor, la misión de coartar, como tampoco la de suscitar, unos procesos orgánicos que responden al metabolismo espontáneo del organismo económico. Por lo demás, se pueden contar con los dedos de una mano los supuestos de fusiones que se han hecho exclusiva o predominantemente en virtud de factores fiscales, supuestos en lo que casi siempre existía integración de facto entre los protagonistas; son, en cambio, numerosos los episodios de grandes firmas que, deseando integrarse y habiéndose puesto de acuerdo sobre el principio y modalidades de la operación, han tenido que desistir a última hora por la carga fiscal que el acto acarreaba.

Séptima..- Prueba de lo que antecede es precisamente la reforma de casi todos los sistemas legislativos nacionales de una década a esta parte, así como la serie ya amplia, de convenios y estudios y proyectos internacionales, con la finalidad de reducir el coste fiscal de las amalgamas, por una parte, y de las participaciones accionarias, por otra, siendo de retener que todas las reformas efectuadas y las sugerencias preferidas invocan, no sólo la conveniencia de crear empresas fuertes, sino también la regla áurea de "neutrali-

medidas de presunto "privilegio" no consisten más que en remover obstáculos, eliminar costes extra-empresariales, entre ellos la doble imposición; no tratan, en absoluto, de dar a las firmas concentradas, salvo excepción, un trato mejor que a las firmas que permanezcan aisladas o independientes; sino que únicamente se proponen aligerar el gravamen que pesa sobre el acto concentrador en sí, sea una fusión, sea la posesión y tenencia de un paquete de acciones.

Octava.— En el plano internacional, las disparidades legislativas y el nacionalismo de las Administraciones nacionales suponen obstáculos de consideración, aunque no insuperables, a la constitución de grupos y consumación de amalgamas, más aún a los primeros que a las segundas. La causa es el fenómeno generalizado de la doble imposición, es decir, del gravamen simultáneo de dividendos y beneficios societarios por dos o más ordenamientos fiscales, el del país de origen y el (o los) del país (o de los países) donde se perciben esas rentas. Numerosos convenios bilaterales han paliado su incidencia económica, pero no han logrado eliminarla. Actualmente se abre camino la fórmula de los convenios-modelo elaborados por grandes organizaciones multinacionales (Sociedad de Naciones, OCDE); es un paso adelante, pero no la solución, ya que subsiste la disparidad básica entre los sistemas legislativos y sus técnicas de aplicación. Por eso, se habla ahora, aunque sólo en Comunidades de ámbito regional, de la "armonización fiscal", es decir, de uniformar las disposiciones nacionales. Esto es lo que se ha hecho, por ejemplo, en el Mercado Común, cuyos seis componentes han sustituido la imposición "en cascada" sobre las Ventas por el Impuesto sobre el Valor Añadido; pero ahí se acaban, por el momento, los frutos cosechados, ya que ni en fusiones ni en participaciones accionarias, que son los puntos donde verdaderamente se

llegado todavía a un acuerdo.

Novena.- Por lo que se refiere a España, su sistema tributario no ofrece, en lo fundamental, grandes diferencias en punto a posible incidencia sobre la estructura y dimensión de las empresas: si acaso cabría decir que, de hecho, las fórmulas de remoción de obstáculos fiscales a la concentración, aunque concebidas por el legislador con cierta liberalidad, no son tan eficaces como en otros países. En cambio, subsiste algún aspecto de lo que podríamos llamar el derecho tributario tradicional, en trance de superación, como el Impuesto de Tráfico de Empresas (más o menos equivalente al Impuesto sobre las Ventas de los antiguos ordenamientos europeos), que favorece la integración vertical de las empresas y parece discriminar contra ciertas categorías de firmas modestas. Ahora bien, eso es más bien excepcional; lo que sí interesa retener es que la aplicación del régimen normal y general de la fiscalidad española es, a veces, prohibitiva de las amalgamas de grandes compañías y, cuando menos, incómoda y onerosa para las participaciones accionarias de cierto volumen. De todo modos, no es prudente adelantar conclusiones definitivas, porque es muy reciente aún la refundición en un texto único de nuestra dispersa reglamentación fiscal sobre fusiones de empresas, en espera de una nueva legislación ya anunciada.

Décima.- Finalmente, señalemos, y esto es quizá lo más sugestivo para nuestro trabajo, tanto más cuanto que apenas se insiste en este punto que el derecho tributario podría servir eficazmente como arma de defensa de la competencia contra las concentraciones excesivas y las amalgamas que den origen a un monopolio u oligopolio no justificado por razones apremiantes de necesidad financiera, tecnológica o comercial. Algo de esto ha intuido la Ley española de reformas

lidad de un gravamen complementario para las empresas que hiciesen beneficios excesivos, gracias a su posición monopolística, en proporción a una tensión normal de mercado, pero nosotros sugerimos que no se reduzca esta norma (la cual, que sepamos, aún no ha sido aplicada) al supuesto de "prácticas" o "conductas" abusivas de una posición dominante, sino que se extienda al supuesto de que se formen concentraciones peligrosas para el clima de competencia, previo pronunciamiento de un órgano judicial independiente. En otras palabras: creemos en la posibilidad de utilizar el arma fiscal como una política de estructuras, no sólo para promover las amalgamas deseables y acabar así con el minifundio empresarial, sino también para impedir que las concentraciones rebasen cierto nivel, o por lo menos, para dificultarlo. El arma podría consistir, no tanto en un recargo sobre los niveles normales de gravamen, como en la aplicación estricta del régimen habitual, es decir, la denegación a los protagonistas de las normas específicas. De todos modos, la honestidad crítica nos obliga a señalar que, por lo que se refiere a España y también a otros países europeos, existe todavía un amplio margen de concentración deseable, y en todo caso desprovista de riesgo monopolístico, máxime teniendo en cuenta la competencia de los colosos norteamericanos y también, últimamente, de los japoneses, por lo cual es lógico y conveniente que la legislación fiscal tienda, durante un buen número de años, a estimular la integración más bien que a frenarla. En este orden de consideraciones creemos, y es un matiz importante, que las fórmulas realmente dignas de estímulo fiscal son aquellas que, como las fusiones, ayudan a reorganizar las empresas en su estructura y funcionamiento; en cuanto a las simples participaciones, mayoritarias o no, habría que introducir un distingo, según la finalidad u objetivo de la empresa participante: si la



nicamente la explotación, no hay por qué conceder un trato especial; si, por el contrario, la participante se compromete en un plazo razonable a efectuar mejoras, sí que procede otorgar el régimen especial. Este debe ser, a nuestro juicio, el sentido auténtico de la política fiscal en materia de concentración.

## INDICE DEL VOLUMEN I (Parte General)

PAGS.

### INTRODUCCION

<u>LA CONCENTRACION FRENTE AL ORDEN PUBLICO ECONOMICO</u> .....	7
1.- Sociedad contemporánea: colosalismo más integración .....	9
2.- Problema de política económica: regular la concentración .....	10
3.- Disciplina jurídica de la concentración: un derecho especial .....	11
4.- Orígenes históricos del problema .....	13
a) Los comienzos del maquinismo .....	13
b) La evolución concentradora de la industria moderna .....	17
c) La sociedad anónima, molde y motor institucional del gran capitalismo .....	19
d) Profecía de MARX: la concentración, sino y tumba del capitalismo .....	25
5.- El triunfo de la concentración .....	31
a) En los Estados Unidos (1865-1914) .....	31
b) En Europa Occidental (hasta 1914) .....	33
6.- Nace el derecho de defensa de la competencia .....	35
7.- ¿Competencia <u>versus</u> racionalidad económica?.....	38
8.- 1914-1939: el declive de la competencia .....	41
9.- De 1945 a nuestros días: la concentración, programa y problema .....	47
10.- El Derecho contemporáneo ante la concentración ..	53
a) Extensión del ordenamiento <u>antitrust</u> .....	54
b) El derecho de sociedades bajo el influjo de la concentración .....	57

c) Resumen de las tendencias actuales .....	58
11.- Avance del contenido de nuestro estudio .....	60

## CAPITULO I.

### EVOLUCION Y VARIANTES DEL CONCEPTO DE CONCENTRACION

<u>ECONOMICA</u> .....	63
1.- Posiciones sobre el problema en los comienzos del capitalismo maquinista .....	64
2.- La tesis marxista de la concentración acumulativa e irreversible del capital .....	68
a) La Ley de "concentración" .....	68
b) La centralización del capital .....	70
c) La asociación .....	72
3.- Evolución posterior del concepto .....	73
a) Las aportaciones del pensamiento marxista ortodoxo .....	74
b) La crítica revisionista .....	78
c) El planteamiento liberal .....	80
4.- El concepto en la doctrina jurídica .....	89
a) La definición "amplia" del fenómeno .....	89
b) Referencia especial a la doctrina española .....	90
c) La versión restringida del concepto .....	99
5.- El concepto en las leyes <u>antitrust</u> y en los Tratados internacionales .....	104
6.- Concepción que se defiende .....	111

## CAPITULO II

<u>FACTORES JURIDICO-PRIVADOS DE LA CONCENTRACION</u> .....	113
1.- El liberalismo económico, presupuesto indirecto. ....	113
2.- Consideración especial del papel de la sociedad anónima .....	114
a) La profecía de MARX .....	114

c) La doctrina contemporánea ante el problema .....	118
3.- Concentración de capitales, de empresas y de poder económico como facetas de la sociedad anónima .....	119
4.- La acción, instrumento concentrador de capitales	120
a) La acción como título negociable .....	121
b) Modalidad del valor nominal .....	123
c) Facilidad de especulación .....	124
d) La limitación de responsabilidad como factor centralizador .....	125
e) Un incentivo más: la posibilidad de títulos al portador .....	126
5.- Otro medio acumulador de capitales: la obligación	127
6.- La sociedad anónima como órgano aglutinante de empresas .....	128
7.- La sociedad anónima y unión de sociedades .....	131
a) Del capitalismo individual a la gran empresa .....	132
b) Dimensión y forma social .....	134
8.- La sociedad anónima como factor fusionante de empresas .....	137
9.- La sociedad anónima como concentradora del poder económico .....	138
a) El punto de partida sociológico: la dispersión de la propiedad .....	140
b) Corolario: la despersonalización de la propiedad accionaria .....	142
c) Crisis en la sociedad anónima: divorcio entre propiedad y dirección .....	145
d) Socios " <u>versus</u> " sociedad .....	146
e) Las dos categorías de accionistas .....	149
10.- Centralización del "control" directivo de la sociedad por acciones: principales modalidades ..	150
a) En concepto jurídico de "control" .....	151

11.- Los instrumentos jurídicosfuncionales del control	167
a) Cláusulas de opción y preferencia en materia de acciones .....	168
b) Las acciones especiales como refuerzo del control .....	172
c) La limitación de los derechos de voto del pequeño accionista .....	178
d) Los pactos o convenios de voto .....	184
e) El voto por representación y los poderes en blanco .....	192
12.- Las "uniones personales" como culminación del proceso .....	201
13.- Las normas del derecho de sociedades anónimas contra los abusos del poder .....	205

### CAPITULO III

<u>REGIMEN JURIDICO-PRIVADO DE LAS PRINCIPALES FORMAS ORGANICAS DE CONCENTRACION</u> .....	209
1.- Introducción .....	209
2.- Las participaciones de capital .....	209
a) Condiciones de validez de la participación..	210
b) Relación entre objeto social y toma de participación .....	211
c) Decisión de adquirir participaciones .....	216
3.- El problema de las participaciones recíprocas ...	217
a) Descripción del fenómeno .....	218
b) Peligros de las participaciones recíprocas..	220
c) Ventajas de las participaciones recíprocas..	222
d) La regulación positiva de las participaciones recíprocas .....	223
4.- El caso límite de la participación: la sociedad unipersonal .....	232
5.- Los grupos de sociedades: la "nueva frontera" del derecho mercantil .....	238

a) Presupuestos jurídico-económicos .....	230
b) Intentos de definición .....	239
c) Clases de grupos .....	244
6.- Examen especial de las sociedades " <u>holding</u> "	
( <u>holding companies</u> ) .....	248
a) Su importancia .....	248
b) Concepto .....	249
c) La dualidad del fenómeno .....	251
d) Clasificación. Alusión especial a la distinción entre <u>holdings</u> y sociedades de inversión financiera .....	252
7.- Estudio del <u>concerno</u> .....	260
a) Origen y significado en la economía alemana .....	260
b) Concepto .....	262
c) Problemas del concepto de "dirección unitaria" .....	264
d) Variantes del <u>konzerno</u> .....	265
8.- Aspectos y problemas del régimen jurídico de los grupos .....	272
a) Régimen del control a través de puestos directivos .....	274
b) La comunicación de responsabilidad entre las sociedades de grupo .....	282
c) La publicidad de los grupos de empresas ...	286
d) La cristalización contable de los grupos: mención especial del "balance consolidado" .....	289
9.- Consideraciones sobre el régimen jurídico de la fusión .....	296
a) Problemas del régimen jurídico de la fusión .....	298
b) Consideraciones de las fusiones entre sociedades de distinta nacionalidad .....	312
10.- Figuras afines a la fusión .....	315

#### CAPITULO IV

<u>LOS FACTORES JURIDICO-FISCALES DE LA CONCENTRACION</u> ....	323
1.- Introducción: de la neutralidad al intervencionismo .....	323

2.- Verdadero sentido y alcance de los factores impositivos .....	325
a) Su grado de importancia .....	325
b) Su carácter relativo .....	327
3.- El trato fiscal de fusiones y absorciones ..	329
4.- Las participaciones de capital ante el Derecho Tributario .....	357
5.- El reconocimiento fiscal del "grupo de empresas" .....	362
6.- El régimen fiscal de la concentración en el plano internacional .....	373
7.- Conclusiones resumidas .....	384

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

159

CONCENTRACION DE EMPRESAS

Y

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(Las fusiones ante el derecho antitrust)

Volumen II



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

Tesis doctoral que presenta el Licenciado don MARIANO  
DARANAS PELAEZ bajo la dirección del Catedrático Exce-  
lentísimo Señor don JESUS RUBIO GARCIA-MINA.

MADRID, febrero 1972





II

PARTE ESPECIAL

LA CONCENTRACION ANTE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DE  
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

---



## C A P I T U L O V

### LA CONCENTRACION EN EL DERECHO ANTITRUST DE LOS

#### ESTADOS UNIDOS

#### 1.- Los antecedentes económicos: la edad heroica del capitalismo americano.-

Como se apuntó en la Introducción, el Estado federal alumbrado por la rebelión victoriosa de trece colonias transatlánticas, en la penúltima década del "siglo de las luces", se convertiría a la vuelta de una centuria en adelantado del gigantismo industrial y escenario poco menos que continental, de lucha entre titanes por el dominio de mercados en crecimiento y mutación permanente, al socaire de una revolución total en los moldes empresariales. De la empresa familiar y embrionaria que aún prevalecía al finalizar a principios del siglo XIX, Norteamérica saltó en unos cincuenta años a la gran compañía con miles de empleados y obreros, y al consorcio de sociedades con filiales y sucursales por toda la geografía del mercado nacional. Fue hacia la mitad de la centuria cuando surgió, casi diríamos estalló, la metamorfosis de la empresa americana, según los estudios históricos más autorizados del llamado "age of big business" (1) roto el marco tradicional por tres factores básicos: el desarrollo de la red ferroviaria a compás de la paulatina colonización; la aglomeración demográfica en una minoría de grandes urbes y el invento de técnicas revolucionarias en las industrias básicas, especial-

---

(1) Entre otras, los amenos libros de HAROLD U. FAULKNER: "American Political & Social History", Nueva York, 1957, (7ª edición), "Appleton Century Crofts, Inc." y "American Economic History", Nueva York, 1960, (8ª edición), por HARPER & BROTHERS PUBLISHERS.

tamente, al menos los dos últimos, fueron comunes a Europa Occidental, pero que unidos a la abundancia de materias primas, y a la inmensidad de un territorio virgen y, justo es añadirlo, a una fuerte protección arancelaria, operaron en los Estados Unidos a un ritmo y escala inconcebibles en el viejo Mundo.

En un marco geográfico y social que hacía de la Norteamérica anglosajona la tierra de promisión para la mística de los negocios, algunos capitanes de industria forjaron, a través de una competencia despiadada, organizaciones de estructura absolutamente inédita y de dimensión grandiosa, a la medida del mercado en que habían surgido. Fueron en los Estados Unidos lo que los condottieri en la Italia del Renacimiento, mitad héroes, mitad forajidos y si bien la literatura y el cinematógrafo han exagerado sistemática y publicitariamente el papel "demiúrgico" (RUFFOLO) de aquellos adalides de la economía y las finanzas, no cabe desconocer que fueron quienes construyeron los moldes empresariales que hoy simbolizan el arquetipo del "desarrollo capitalista". Los CARNEGIE, ROCKFELLER, VANDERBILT, PIERPONT MORGAN, DUPONT DE NEUMOURS, FORD, DUKE, WESTINGHOUSE, SWIFT, KAYSER, REYNOLDS, etc. cumplieron la función histórica de "romper el círculo tradicional de las operaciones de producción y comercio, introduciendo en el proceso económico una innovación hecha objetivamente posible por los conocimientos técnicos y la evolución de los mercados" (RUFFOLO, op. cit., págs. 118-123), a saber, la producción en serie o en cadena, la cual implicó, a su vez, el paso de la empresa familiar a la empresa directorial.

A partir de 1870 se inicia el gran movimiento de fusiones y absorciones en los principales sectores (petróleo, ferrocarriles, siderurgia, minería, banca, refinamiento de azúcar, conservas cárnicas, tabaco y construcción mecánica), tendencia que, como veremos, culminará en los primeros años de -

nuestro siglo. Citemos algunos ejemplos; la Standard Oil Company, de Ohio, fundada por JOHN DAVID ROCKEFELLER (1870), en el petróleo; la American Tobacco Co., que, fundada por JAMES B. DUKE, se convertiría más tarde en la aún mayor Consolidated Tobacco Co.; los Pittsburgh Bessemer Steel Works, constituidos por ANDRES CARNEGIE (1.868), introductor del procedimiento - - Bessemer en los Estados Unidos; la Sugar Refining Co., de - - HENRY O. HAVEMEYER; las grandes líneas ferroviarias, como la New York Central, de WILLIAM H. VANDERBILT, y sobre todo Drexel, Morgan & Co., fundada en 1871 por JOHN PIERPONT MORGAN, la figura estelar del capitalismo bancario finisecular.

## 2.- Los antecedentes del moderno derecho antimonopolio: el Common Law.-

Este gigantismo novido suscitó un miedo apocalíptico que paradójicamente se alimentaba de la misma fuente espiritual que la mística del lucro y del poderío mercantil, a saber, de la tradición inglesa, caracterizadamente puritana, de libertad de comercio, igualdad de oportunidades de competencia y ojeriza a toda restricción de signo monopolístico. No es de extrañar, pues, que las primeras reacciones del ordenamiento jurídico norteamericano se inspirasen expresamente en el espíritu del Common Law, es decir, del "derecho común" británico, constituido, fundamentalmente, por la jurisprudencia elaborada a través de los siglos (2). Es más, fue a nivel de los Estados miembros que, según la Constitución, tenían derecho de legislar en todas las materias no reservadas expresamente a la Constitución federal, y que en cierto modo repre-

---

( 2 ) ELI HECKSCHER ("Mercantilism", Londres, 1.935, Allen & Unwin) define el Common Law como "un sistema independiente de derechos basado en la práctica de los tribunales, y con fundamento dentro o fuera de la Ley escrita (statute law)". Cit. por HANS B. THORELLI, "The Federal Antitrust Policy. Origin of an American Tradition", Baltimore, 1955, JOHNS HOPKINS PRESS, pág. 10, nota 6.

donde se dieron espontáneamente las primeras manifestaciones, bien que casuísticas y fragmentarias, de una actitud represiva de prácticas y operaciones restrictivas de la competencia. En el último tercio del siglo, los Tribunales de algunos Estados industriales (Michigan, Illinois, Ohio, etc.), y, ocasionalmente, el Tribunal Supremo federal, condenaron y anularon categóricamente convenios de fijación de precios o de reparto de mercados o de operaciones de absorción de compañías por la firma dominante del sector o adquisiciones de activos o instalaciones de casas competidoras inspiradas en el designio de "monopolizar" (monopolising) el mercado.

Por lo que se refiere específicamente a las absorciones o compras de fábricas rivales, se acumuló una sugestiva, aunque insuficiente, jurisprudencia inspirada, según la communis opinio de economistas e historiadores del derecho ( 3 ), en dos motivos o consideraciones fundamentales: la restricción de la competencia y el principio ultra vires. Estudiémoslos.

a). El principio "ultra vires" como argumento judicial contra la concentración.

Esta institución típicamente anglosajona tuvo importancia especial en los casos de adquisición de títulos accionarios de una sociedad o de compra de una compañía por otra. Varias operaciones fueron declaradas ilegales según el Common Law sencillamente "sobre la base del principio ultra vires, sin que el Tribunal tuviese que invocar el principio de que eran contrarios a los acuerdos de restricción del comercio" ( 4 ).

( 3 ) Vide, especialmente, DAVID DALE MARTIN; "Mergers and the Clayton Act", University of California Press, Los Angeles, 1.959, págs. 9-11, y HANS B. THORELLI, "The Federal Anti-trust Policy. Origination of an American Tradition", páginas 48-50.

( 4 ) DAVID. D. MARTIN, op. cit., página 9.

tes Estados de la Unión prohibía que "toda compañía ejerciese un poder o facultad cualquiera que no le esté expresamente conferida o que no lleve necesariamente aparejada consigo" ( 5-). A tenor de esta regla se consideró ultra vires, es decir, contrario a la norma de que las compañías no debían ir "más allá de sus poderes" (de ahí la expresión latina de referencia) tal como las definían sus respectivos "charter" o estatutos fundacionales, el hecho de que una sociedad cediese el dominio y gestión de sus negocios a otra compañía o adquiriese el control de otra entidad, no estando expresamente autorizada por el Poder legislativo del Estado domiciliario.

Así, en 1879, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró nula la obtención por una compañía ferroviaria del arriendo del material rodante, los carriles y los edificios de otra sociedad del ramo sin tener facultades estatutarias - - - (without chartered authority) para esta clase de actos (caso THOMAS VERSUS RAILROAD Co., 101 U.S. 71). En la compra por una sociedad de Illinois de la mayoría del capital de otra (DUNBAR v. AMERICAN TELEPHONE AND TELEGRAPH Co., año 1.906, 224 Ill. 9), el Tribunal del Estado falló que los accionistas minoritarios tenían derecho a pedir la nulidad de la adquisición. En otro importante asunto (CENTRAL RAILROAD COMPANY v. COLLINS, año 1896, 40 Georgia 582), el Tribunal declaró que la compra del capital de una compañía ferroviaria por otra con la intención de poseerla como instrumento de control violaba simultáneamente la reserva ultra vires y la libertad de competencia.

Ahora bien, esto no era ni podía ser suficiente, en primer lugar, porque las sociedades disponían del recurso de redactar sus "charters" o estatutos fundacionales en términos que, aprobados por el Estado competente, hiciesen posible la

---

( 5 ) "Trust Laws and Unfair Competition", pág. 58 (Washington: Bureau of Corporation Department of Commerce, 1916), cit. por DAVID D. MARTIN, ibidem.



lugar, porque en Norteamérica como en el resto del mundo, la propia dinámica de la sociedad mercantil y el mecanismo de los negocios han forzado el reconocimiento legal de las compras o adquisiciones de activos o capital, así como de las fusiones formales, como operaciones regulares e inherentes a la naturaleza del tráfico. Así, en 1867, la Ley de Compañías del Estado de Nueva York tuvo que autorizar la fusión (consolidation) de dos o más sociedades, y si bien esta facultad se concedía únicamente a las entidades del mismo sector o ramo industrial, ya en 1892 hubo que generalizarla. La misma evolución se registró en cuantos Estados iban surgiendo en materia de posesión de acciones de una sociedad por otra. Si hasta definida la segunda mitad del siglo, estaba vedada la tenencia de títulos accionarios con designios de "control", en 1853 una Ley del propio Estado neoyorquino autorizó la compra de acciones bajo ciertas condiciones, y en 1892 se extendió la autorización al supuesto de que las acciones perteneciesen a una entidad competidora, y en 1883, otra Ley del Estado de Nueva Jersey autorizaba la operación, aunque con limitaciones. La vía del derecho estricto de sociedades quedaba, pues, agotada. Se imponía una reglamentación jurídica ad hoc.

b). La "restricción del comercio" como criterio legal contra la concentración.

Paulatinamente, diversos Estados del Sur y del Oeste, seguidos por otros del Este, adoptaron el principio de prohibición formal del monopolio y de toda clase de operaciones de fin o efecto monopolístico o restrictivo de la libertad de transacción. Así, antes de 1890, año liminar en el derecho anti-trust, según se verá, catorce miembros de la Unión ( 6 ) ha-

---

( 6 ) Arkansas, Connecticut, Georgia, Indiana, Kentucky, Maryland, Montana, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Washington y Wyoming. Cit. por HANS B. THORELLI, op. cit., pág. 155, nota 195.

bían insertado en sus respectivas Constituciones una cláusula de proscripción, trece habían dictado disposiciones legislativas en la materia (7) y seis formulaban el veto por ambas vías constitucional, y legislativa (8). Las cláusulas constitucionales eran, en general, radicales, y algunas denunciaban paladinamente el monopolio por opuesto a los principios de gobierno libre. Aunque las leyes de los diferentes Estados variaban mucho en forma y contenido, respondían al objetivo de declarar ilícitos, a título de "restraint of trade" (restricción del comercio), los contratos y conciertos que, con arreglo al Common Law, no tenían fuerza de obligación, precisamente por atentar a la libertad efectiva del tráfico. La redacción solía ser muy amplia, de tal forma que comprendiese todos los supuestos imaginables de "combination", "contracts" o "agreements" sobre fijación de precios, reparto de mercados, exclusión de competidores, etc., y si bien no se mencionaban las fusiones societarios ni las adquisiciones totales o parciales del capital o de los activos de firmas rivales, se admitía su implícita inclusión.

El episodio más significativo de esta lucha, y la primera gran victoria, por cierto, de los Poderes públicos contra el gran capital, aunque desgraciadamente se trató de una batalla aislada, data del caso RICHARDSON v. BUHL AND ALGER; estado de Michigan (9). La Diamond Match Company había sido constituida en Connecticut (1.880) con el designio de adquirir todas las fábricas de cerillas de los Estados Unidos y, efectivamente, había llegado a comprar treinta y una, aunque trece se cerraron y dejaron de funcionar. En gran parte de estas operaciones, la Diamond Match no pagaba en metálico,

(7) Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, Carolina del Norte, Dakota del Sur, Tennessee y Texas.

(8) Kentucky, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Tennessee y Texas.

(9) Referencia: DAVID M. RICHARDSON v. CHRISTIAN BUHL and RUSSEL A. ALGER, (77 Mich. 632).

the first of these is the fact that the  
the second is the fact that the  
the third is the fact that the

the fourth is the fact that the  
the fifth is the fact that the  
the sixth is the fact that the

the seventh is the fact that the  
the eighth is the fact that the  
the ninth is the fact that the

the tenth is the fact that the  
the eleventh is the fact that the  
the twelfth is the fact that the

the thirteenth is the fact that the  
the fourteenth is the fact that the  
the fifteenth is the fact that the

the sixteenth is the fact that the  
the seventeenth is the fact that the  
the eighteenth is the fact that the

suscitó una demanda, puramente civil, por la otra parte contratante, sinque se discutiera la validez del contrato como tal. Sin embargo, el Tribunal competente de Michigan planteó motu proprio la cuestión del "orden público" (public policy), y declaró (1889) que el contrato se había concertado en ejecución del plan monopolístico de la Diamond Match, y que, siendo el monopolio "repugnante a nuestra forma de gobierno" y "tendente a destruir las instituciones libres, repulsivo a los instintos de un pueblo libre, y contrario al ámbito y espíritu de la Constitución Federal....." ( 10 ), procedía anular la escritura de compra en cuestión. A consecuencia del fallo, la DIAMOND MATH CO., tuvo que revender algunas de sus adquisiciones.

Sin embargo, en marco tan estrecho, así en lo jurídico como en lo geográfico, muy pocos casos de fusiones fueron impugnados, si bien cabe recordar Chicago Gas Trust Co. ( 11 ) y Western Wooden-Ware Association ( 12 ), éste en Michigan y aquél en Illinois. La Chicago Gas Co. había intentado comprar el capital accionario de cuatro sociedades productoras de gas en la misma sede para constituir un monopolio, pues de hecho éste era uno de sus objetivos como tal corporación. El Tribunal sostuvo que semejante designio carecía de licitud y que todos los actos perpetrados para su cumplimiento eran ilegales y nulos, tanto más cuanto que se trataba de un servicio de necesidad pública (public utility). Por su parte, la Wooden-Ware Association había comprado capital y materiales a diversos industriales, avenidos al compromiso de no trabajar en el mismo ramo durante cinco años en ocho Estados

---

(10) Palabras del Presidente del Tribunal, magistrado - - SHERWOOD.

(11) "The People ex. rel. FRANCIS PEABODY versus THE CHICAGO GAS TRUST CO., 130 Ill. 268 (1889)." Citado por HANS B. THORELLI, op. cit., pág. 50, nota 153.

(12) "The Western Wooden-Ware Association (a Corporation) v. WILLIAM W. STARKEY ET ALIOS, 84, Mich. 76 (1890); ibidem.

zados con este fin, así como a no venderlos con ese destino sin autorización de la referida compañía. El acuerdo, que, en realidad, encajaba en un plan de largo alcance para monopolizar el sector, fue declarado nulo por consideraciones de orden público.

c). Ineficacia de la jurisprudencia tradicional.

Con la única excepción del asunto Diamond Match Co., el Common Law apenas fructificó ni ejerció influencia perceptible en la estructura de la pujante industria norteamericana, aunque le cupo el honor, desconocido por unos, exagerado por otros, de aportar valiosos antecedentes procesales y, sobre todo, conceptos básicos a la gran reforma federal que la opinión reclamaba con apremiante impaciencia.

Las causas del que cabría calificar de fracaso relativo fueron variadas. En primer término, la propia naturaleza casuística del "derecho común" exponía a sus intérpretes, o sea, a los jueces de los diversos Estados, a las influencias variables de la coyuntura económica y política de cada región. En segundo lugar, los Estados no intentaron siquiera desarrollar una política sistemática de estructura industrial, por diversas razones: ante todo, hábitos de inmovilismo o falta de independencia de las autoridades judiciales; también la falta de fondos y de personal, que impedía al Ministerio Fiscal reunir pruebas y elementos de convicción frente a conciertos u organizaciones que disponían de cuantiosos recursos, y por último, el temor de las autoridades a incurrir en las iras con citadas de grupos poderosos cuyas inversiones suponían, al fin y al cabo, fuente pingüe de ingresos fiscales, así como oferta abundante de empleo y ocupación. Ni cabe olvidar que la eficacia de las medidas a nivel estatal quedaba de antemano limitada por la estructura rígidamente regionalista de la Ad-

administración de justicia. La competencia de los tribunales se detenía estrictamente en los límites del Estado correspondiente, mientras que los consorcios y grandes empresas operaban simultáneamente en varios Estados, cuando no en la mayor porción del territorio nacional.

d). El "trust" como forma dominante de concentración industrial y financiera.

El vasto movimiento de conciertos (combinations) desarrollado al socaire de la eclosión capitalista subsiguiente a la Guerra civil adoptó cualesquiera forma imaginables, las cuales suelen reducir juristas e historiadores de la economía norteamericana a dos tipos principales: las asociaciones "laxas" y las fórmulas "rígidas" o "compactas" (13), según la intensidad del vínculo, criterio seguido por la generalidad de los estudiosos de la concentración (ver capítulos II y III). Las modalidades más bien abiertas eran de naturaleza asociativa: consistían ora en simples acuerdos verbales o en pools (convenios en regla sobre reparto de mercados, a veces incluso de los beneficios, con el aditamento de un órgano común de ejecución y vigilancia, virtualmente lo mismo que las Interessengemeinschaften), mientras que las variantes rígidas eran de orden estructural, y se configuraban ya como trusts, ya como fusiones totales y declaradas (consolidations).

Las exposiciones históricas han presentado la imagen un tanto simplista de una evolución en la que, al principio, predominaron las figuras meramente contractuales, y al final, en cambio, se impusieron las fórmulas de tipo orgánico. La realidad es que durante tres largas décadas que mediaron entre el final de la Guerra de Secesión y la adopción de la primera Ley federal contra los conciertos y monopolios, la figura corriente,

---

(13) Para una exposición detenida, vide HANS B. THORELLI, op. cit., págs. 72 y sigs. Con gran nitidez, distingue el autor "loose combinations", por una parte, y "tight combinations", por otra.

agreement puro. Con esta salvedad, es cierto, sin embargo, (14), que si en el primer decenio se acudió fundamentalmente al agreement, de 1875 a 1885 se registraron casos comparativamente numerosos de "pools", y los trusts propiamente dichos no se generalizaron hasta entrada la década 1880-1890, si bien con una pujanza que hizo del vocablo la denominación genérica, más aún la antonomasia, de cualesquiera maniobras y operaciones más o menos inconfesables de restricción de la competencia.

Ahora bien, ¿en qué consistía específicamente la fórmula del trust? ¿Cuáles eran sus notas diferenciales? Incidentalmente fueron esbozadas en capítulos anteriores. Subrayemos ahora que el trust no era una simple federación de empresas, sino una verdadera organización, cuyos componentes renunciaban en la práctica a su libertad de acción en aras de un mando centralizado y unitario, con objeto de evitar los fallos y deserciones que, a menudo, surgían en los acuerdos simples y en los mismos pools. Además, los promotores de los primeros trusts se movían por la esperanza de que el derecho común y las leyes de los Estados miembros en materia de monopolios y conciertos no serían aplicables a la nueva fórmula, o, al menos, de que el secreto con que el mecanismo pudiera operar bastaría a sustraerlos a la Ley.

Constituida en 1870, la Standard Oil Co., de Ohio, podía controlar, gracias al dominio de las refinerías y de los oleoductos que las conectaban a la red ferroviaria, el 95% del petróleo refinado, e imponer dictatorialmente condiciones de tarifas y descuentos. Para completar su dominio del mercado, ideó en 1882 un plan por el que todos los accionistas de catorce de las sociedades del grupo y la mayoría de los de otras veintiséis transfirieron sus títulos, conforme a una institución tradicional del derecho anglosajón, llamada "trust"

ciarios, los trustees, recibiendo en contrapartida certificados de depósito (trust certificates), de 100 \$, de valor nominal, cada uno, por un importe global de 70 millones de \$. A cada partícipe se le asignó un número de justificantes que correspondía al valor de sus propiedades o títulos; todo accionista de cualquiera de las compañías miembros perdía, pues, la titularidad de su porción de capital en la entidad y adquiría, en lugar de ella, una parte proporcional en la masa de títulos y bienes que los trustees gestionaban, según los estatutos, "para el mejor servicio e interés de los poseedores de certificados del trust". En otras palabras, la propiedad legal de los títulos accionarios había pasado a los fiduciarios, y con ella el derecho de voto, mientras que los propietarios primitivos conservaban únicamente la que cabría calificar de propiedad beneficiaria, esto es, facultad de cobrar los eventuales dividendos, previa exhibición de sus certificados, así como la de venderlos como si fuesen acciones o títulos de una compañía, y por último, la de elegir periódicamente a los trustees (15).

En cuanto a los fiduciarios, tenían el "deber" estatutario de supervisar y dirigir todas las sociedades cuyo capital detentasen al 100%, e igualmente, "en la medida practicable", aquellas cuyas acciones sólo controlaran parcialmente, así como el de nombrar a los directores y empleados de las compañías. Por otra parte, podían hacerse elegir para los cargos que juzgasen convenientes, así como admitir nuevas compañías, individuos o asociaciones, y comprar o vender obligaciones o acciones de toda sociedad no miembro que operase en sectores

---

(15) De todos modos, los nueve primeros trustees no fueron elegidos, sino nombrados por los propios estatutos. Por otra parte, habida cuenta de que los trustees eran propietarios, al principio, de 466.280 certificados de los 700.000 emitidos, toda elección quedaba de hecho convertida en un asunto interno de ellos. Cfr. THORELLI, op. cit., página 77, notas 76 y 77.



trustees eran elegidos por tres años, si bien el grupo fue dividido en tres categorías, de tal modo que anualmente se produjesen vacantes que habría que cubrir. Según las cláusulas fundamentales, el trust debería continuar en funcionamiento hasta pasados veintiún años del fallecimiento del último superviviente de los trustees originarios, si bien podía ser disuelto (artº 21), siempre que, transcurridos 10 años desde su creación, votaran en ese sentido los poseedores de dos tercios del valor total de los certificados, o si, pasado un año desde la fundación, así lo acordasen los titulares del noventa por ciento del valor total.

En los años siguientes a su constitución como trust, la Standard Oil Co., se portó con voracidad insaciable, adquiriendo, nada menos, que el capital de 87 compañías y desmantelando aproximadamente cincuenta refinerías (16').

Sobre el modelo de la Standard Oil se constituyeron en la década 1880-1890 varios grandes trusts. Citemos algunos:

- En 1884, el American Cotton Oil Trust;
- En 1887, el Sugar Refineries Company (popularmente, el Sugar Trust), esto es, el consorcio del azúcar, y la Distillers' and Cattle Feeders' Company (comúnmente llamada el Whiskey Trust), o sea, consorcio del whisky, organizado en sustitución de pools que habían resultado inadecuados para "dirigir" la industria.

- También en 1887, constitución del Cordage Trust, llamada también National Cordage Association. Este concierto controlaba el 30% de la producción de cuerdas y maromas del país.

- Por último, el National Lead Trust, o sea el Consorcio Nacional del Plomo. Debido al secreto con que operaba, no hay datos abundantes sobre su composición y funcionamiento. Se-

(16) RICHARD N. OWENS, "Business Organization and Combination", 1946, pág. 26. Cit. por THORELLI, op. cit., página 96, nota número 146.

gun algunos, el trust se fundó en 1867, y según otros, en 1889. En todo caso, el Consorcio controlaba más del 95% de la producción total del país.

Sin embargo, la fórmula no consiguió garantizar la permanencia de los vínculos monopolísticos en la gran industria, al menos en la medida que sus inventores esperaban, toda vez que el Ministerio Fiscal de diversos Estados reaccionó a los pocos años, incoando demandas fundadas, ora en la violación del derecho de sociedades, ora en el cargo de restricción ilícita de la competencia. Así, a principios de 1887, el Estado de Luisiana atacó al Cotton Oil Trust con el objetivo de destruir su poder monopolístico en la zona, invocando la razón legal de que el consorcio desarrollaba negocios en ese Estado como si fuese una compañía mercantil (corporativa), cuando en realidad no estaba organizado como tal. Primero, se prohibió por vía de interdicto que el Consorcio y sus directores continuasen ejerciendo sus actividades en Luisiana, y dos años más tarde la prohibición se llevó a decisión permanente (State v. American Cotton Oil Trust et alios, 40 Louisiana Ann. 8, año 1888). En 1889 se reorganizó el Consorcio en forma de compañía ordinaria, con el nombre de American Cotton Oil Company. Pero no ha sido posible comprobar si verdaderamente la operación respondió al resultado desfavorable del litigio, o a mala administración, o a competencia inesperadamente vigorosa desde fuera, o, por último, a la combinación de estos factores.

En otros casos parece absolutamente claro que el trust se disolvió o reorganizó por la condena judicial, aunque, repitámoslo, las demandas entabladas por los Estados se basaban generalmente en presuntas violaciones de los principios del "derecho común" y de las leyes estatales en materia de constitución de sociedades (incorporation laws). Así, un año después de plantearse el asunto Cotton Oil Trust, se

Oil Works, año 1888). Cuatro sociedades ajenas al trust, pero que producían aceite de semilla de algodón en la ciudad de Memphis, habían concertado un "combination syndicate", es decir, un acuerdo del trust, bautizado con el nombre anodino de Asociación Independiente para la Semilla del Algodón. Uno de los participantes, Hanaur Oil Works, que ya no deseaba seguir vinculado, reivindicó la recuperación de su planta molturadora, alegando que el contrato era nulo por haberse concertado ultra vires. El Tribunal accedió, declarando que el acuerdo equivalía a un contrato de "asociación" (partnership) entre compañías, para el cual la entidad reclamante no estaba facultada por su Carta.

En 1890 el Estado de Nueva York consiguió revocar la participación de la North River Sugar Refining Company, constituida en ese Estado en el seno del Sugar Trust. Efectivamente, la jurisdicción neoyorquina consideró que la North River había actuado ultra vires respecto a su Carta, al entrar en un trust, acto que podía equipararse a una partnership, o asociación (17). Similar fue el litigio del Estado de California en 1889 contra la American Sugar Refinery Company allí constituida. El Tribunal Superior de San Francisco anuló el contrato de participación de la entidad en el Consorcio Azucarero, por considerarlo una violación del objeto social asignado a la compañía por su Carta fundacional, a saber, el refino y "comercio" del azúcar, cometido que, implícitamente, debía entenderse como actividad competitiva e independiente, y que no era ya posible en el marco de un acuerdo monopolístico.

(17) El Tribunal inferior falló que el acuerdo era, a la vez, ultra vires e injustificadamente restrictivo de la competencia, porque tendía a generar un monopolio. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia, si bien reteniendo únicamente el aspecto ultra vires, con la frase lapidaria: "Es una violación de la ley de sociedades entrar en una partnership".

La propia Standard Oil Co. no escape a las persecuciones. En mayo de 1890, el Fiscal General de Ohio solicitó del Tribunal Supremo del Estado la anulación del acuerdo de trust ya descrito de 1882, por concepto de acto ultra vires. En su sentencia (1892), el Tribunal no ordenó la disolución del trust, pero requirió a la compañía para que cesara en todas sus relaciones con él, fundándose en dos conceptos: primero, que la entidad estaba dirigida y controlada por el Standard Oil Trust, de Nueva York, con lo cual infringía la ley de Ohio, según la cual toda corporación debería estar controlada y dirigida por sus directores en interés de sus propios accionistas; segundo, que el objeto del Consorcio era el monopolio virtual del negocio de producción y manufactura, refinado y comercio con el petróleo y todos sus productos. En 1892, el trust acordó disolverse.

Justo es reconocer que la jurisprudencia resumida logró, al menos, destruir la confianza insolente y omnímoda de los principales grupos que se habían creído legalmente a salvo adoptando la forma del trust, como lo demuestra la cadena de "reorganizaciones" (reorganizations) del final del decenio 1880-1890 y principios del 1890-1900. Por ejemplo, en 1890 el trust del aceite de linaza (Linseed Oil Trust) decidió transformarse en sociedad ordinaria, la National Linseed Oil Company, de menor envergadura, y el mismo acuerdo tomó a principios de 1890 el Trust del Whisky. seguramente por temor a posibles acciones judiciales. Los trustees se convirtieron en directores de la compañía sustituta, renunciando las sociedades miembros del Consorcio a sus Cartas respectivas y transmitiendo sus bienes y propiedades a cambio de acciones de la corporación única.

### 3.- La Ley SHERMAN: la "Carta Magna" de un nuevo derecho económico.-

Sin embargo, a punto ya de iniciarse la década pos

trera del siglo, se reconocía unánimemente, después de un largo y laborioso proceso de maduración política y jurídica, que sólo el Estado Federal podría enfrentarse con perspectivas de relativo éxito a los grupos de presión e imponerles cierta disciplina de competencia. Coadyuvantes de esa evolución fueron diversos factores, que a continuación resumimos.

Primordialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que durante más de medio siglo había fluctuado entre la tesis federalista, partidaria de un gobierno central fuerte, facultado para legislar de modo excluyente y soberano sobre el comercio entre Estados diferentes de la Unión o de algunos de ellos con el extranjero, y la tendencia particularista, celosa de las autonomías regionales, terminó por recoger la interpretación extensiva de los poderes del Estado Federal a tenor de la Constitución, es decir, que el Congreso podía legislar en cuantas materias no estuviesen reservadas expresamente a la competencia de los Estados, entre las cuales se encontraba precisamente el "tráfico entre Estados" (interstate commerce).

En segundo término, la jurisprudencia rigorista del mismo Tribunal Supremo a propósito de la Enmienda catorce a la Constitución que, votada en 1868, exigía la observancia del "procedimiento legal debido" (due process of law) para que un individuo fuese privado de su vida, libertad o propiedad (18) abocó prácticamente, tras una serie de sentencias contradictorias, a restringir la autonomía legislativa de los Estados en materia de tarifas ferroviarias y precios máximos de otros bie

---

(18) El artículo 1º de la Enmienda decía: "Todo individuo nacido o naturalizado en los Estados Unidos y sometido a su jurisdicción, será ciudadano de los Estados Unidos y del Estado donde resida. Ningún Estado podrá hacer ni aplicar leyes que restrinjan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal; ni denegar a persona alguna sujeta a su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes".

inevitablemente la intervención del Estado Federal.

En tercer lugar, el Congreso Federal dictó en 1887, como consecuencia de una larga y vigorosa campaña propagandística contra las exacciones de las grandes compañías ferroviarias, iniciada por los granjeros del Medio Oeste (el llamado Granger Movement), que abarcó los Estados de Illinois, Minnesota, Iowa y Wisconsin), la famosa Interstate Commerce Act (Ley del Comercio Interestatal), cuyo texto establecía que las tarifas deberían ser justas y razonables, prohibía discriminaciones personales en forma de rebajas o de cualquier otro modo, así como discriminaciones entre localidades, clases de fletes y líneas de empalme, vedaba la fijación de tarifas mayores para volúmenes pequeños que para grandes envíos, proscribía las prácticas de pool, y por último, obligaba a las compañías a imprimir y publicar sus precios. Ahora bien, lo decisivo era que la Ley instituía un organismo nuevo, la Interstate Commerce Commission (hoy, uno de los más importantes engranajes de la Administración norteamericana) para vigilar su cumplimiento, sentando así un valioso precedente para todo proyecto de regulación del tráfico mercantil a escala federal.

Por fin, la penúltima década de la centuria había oído clamar a voces numerosas y elocuentes por la supresión de los trusts o, al menos, por la represión penal de sus abusos: así, la de HENRY GEORGE, que ya en 1879 había publicado su "Progreso y Pobreza", para postular la introducción del impuesto sobre la tierra como única solución; así también, la de EDWARD BELLAMY, en su alegato socialista "Mirando atrás" ("Looking backward"), en 1887, y los "Greenbackers", en 1880, y los "Antimonopolistas", en 1884.

El sentimiento general hervía de irritación y temor poco menos que bíblicos frente a los trusts, en quienes el an-

a través de la competencia individual, veía simultáneamente la encarnación del mal y la muerte de la empresa libre. De ahí que en 1888 los cuatro partidos principales, Republicanos, De mócratas, Prohibicionistas y Unión del Trabajo (Labor Union), incluyeran en sus plataformas electorales una referencia expresa a la política anti-monopolio ( 19). Ese mismo año se hicieron investigaciones por un comité de la Cámara de Representantes y por otro del Senado de Nueva York. En su mensaje de diciembre de 1889 el Presidente HARRISON solicitaba al Congreso una legislación especial contra los trusts basados en conciertos de espíritu restrictivo de la competencia. Se presentaron diversos proyectos antitrust en el Senado, pero transcurrieron dos años de debates parlamentarios antes de que, por fin, se adoptase una ley, y aun así se impuso una negociación previa con determinados senadores republicanos, los cuales condicionaron su voto a que, simultáneamente, se elaborara un arancel proteccionista, el Arancel MC-KINLEY ( 20 ).

La primera ley federal contra los trusts, plataforma y fuente de inspiración para el moderno derecho de la competencia, fue propuesta por el senador republicano JOHN SHERMAN, del Estado de Ohio, el 4 de diciembre de 1889: Debatedo durante el primer trimestre de 1890; y sujeto a profundas revisiones, el texto definitivo fue aprobado el 8 de abril por el Senado con un solo voto en contra, el 20 de junio por la Cámara de Representantes sin oposición alguna y, por fin, el 2 de julio de 1890, firmado por el Presidente HARRISON con el título "Ley para proteger el comercio y Tráfico contra restricciones ilegales y monopolios" ( 21 ), si bien se la conoce como Ley SHERMAN (Sherman Act). La Comisión que

---

( 19 ) Cfr. HAROLD V. FAULKNER, op. cit., pág. 437, y HANS B. THORELLI, op. cit., passim.

( 20 ) Cfr. HAROLD U. FAULKNER, op. cit., páginas 437-438.

( 21 ) "An Act to protect Trade and Commerce against unlawful restraints and monopolies" rezaba el título en inglés. La Ley es registrada bajo la ref. Public Law n.190 Congress 1890 (26.Stat. 209) U.S.C., Title 15, Sections 1-7, 15, en el Statute Book.

mites parlamentarios explicó que no se trataba tanto de crear un ordenamiento nuevo más o menos revolucionario como de reiterar los principios tradicionales del derecho común inglés y extenderlos a todo el territorio de los Estados Unidos, en materia de libertad de competencia mercantil. Lo cual era cierto, pero no lo era menos que el texto se destinaba a una sociedad industrial dominada por el colosalismo y la mutación vertiginosa de técnicas y estructuras, por lo que la nueva legislación desbordaba el marco originario del Common Law.

Constaba la Ley SHERMAN de ocho artículos(sections); los tres primeros definían su ámbito positivo de aplicación, y los restantes organizaban el mecanismo procesal. En realidad sobresalen el primero y el segundo, pues son los que formulan los dos supuestos básicos de ilegalidad: restricción del comercio (restraint of trade), y monopolio o intento de monopolio (monopoly or attempt to monopolize).

El artículo primero dice: "Se declara ilegal todo contrato, agrupación (combination) en forma de trust o de cualquier otra manera, o colusión (conspiracy) restrictivo del comercio o tráfico (in restraint of trade or commerce) entre los distintos Estados o con naciones extranjeras, y toda persona que concierte un contrato de esa naturaleza o tome parte en semejante agrupación o colusión, será reo de delito (guilty of a misdemeanor), y si es condenada por este motivo será castigada con multa no superior a cincuenta mil dólares o prisión de un año como máximo, o a las dos penas, a discreción del Tribunal". ( 22).

El artículo 2º establece: "Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se agrupe (combines) o se ponga de

---

(22) Originariamente la multa era de cinco mil dólares, hasta que la modificó, elevándola a cincuenta mil, una Ley de 1958. Referencia 15 U.S.C. nº 1-7 (1958).



comercio o tráfico entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, será reo de delito, y de ser condenada será castigada con multa que no exceda de cincuenta mil dólares (23 ) o con prisión no superior a un año, o a entrambas penas, al arbitrio del Tribunal".

El artículo 3º repite literalmente la definición jurídica del 1º, en relación con el comercio o tráfico en un Territorio cualquiera de la Unión o en el Distrito de Columbia, o entre dos o más Territorios, o bien entre un Estado con un Territorio o con el Distrito de Columbia, o por fin entre un Territorio o el Distrito de Columbia y una nación extranjera (24').

Desde el punto de vista procesal, la Ley se caracterizaba por su sencillez categórica: "Con arreglo al artículo 4º, los distintos tribunales de distrito (District Courts), quedan investidos (25 ) de jurisdicción para prevenir y refrenar las violaciones de la Ley; y los Fiscales de Distrito de los Estados Unidos (district attorneys of the United States) tendrán dentro de su respectiva jurisdicción el deber de incoar procedimiento de equidad (proceedings in equity) para prevenir y controlar esas violaciones. El procedimiento podrá establecerse por vía de súplica (by way of petition)

---

(23 ) Misma observación que en la nota anterior: originariamente la multa era de cinco mil dólares, hasta la citada Ley de 1958.

(24') El artículo 8º extiende la noción de "persona" a toda compañía (corporation), o asociación (association) existente bajo las leyes norteamericanas, de cualquiera de los Estados miembros o de un Territorio o de una nación extranjera, o autorizada por alguna de esas leyes.

(25 ) La redacción originaria decía: "Los tribunales de circuito (circuit courts) ...", pero estos órganos fueron abolidos por una Ley de 1911, refª 36 STAT. 1167 (1911), que transfirió sus facultades a los tribunales de distrito de los Estados Unidos, más o menos equivalentes a nuestros Juzgados de Primera Instancia. Había en 1964 91 tribunales de esa clase según JOHN P. ROCHE y LEONARD W. LEVY ("The Judiciary", páginas 10-11, Nueva York 1964, Harcourt, Brace & World, Inc.). Cada Estado tiene, por lo menos, un tribunal, pero los más importantes tienen hasta cuatro, y cada Tribunal tiene de 1 a 18 jueces.

sea objeto de interdicto (enjoined) o de otra clase de prohibición. Cuando las partes acusadas hayan sido debidamente notificadas de la súplica, procederá el Tribunal, tan pronto como sea posible, a la vista y fallo del caso, y mientras no se pronuncie la sentencia, dictará una ordenanza preventiva o la prohibición que juzgue oportuna". Por su parte, el artículo 7º dispone: "Toda persona que sea perjudicada en su negocio o propiedad por cualquier otra persona o por una sociedad con motivo de haberse cometido un acto prohibido o declarado ilegal por la presente Ley, podrá reclamar por este concepto ante cualquier Tribunal de circuito (hoy de distrito) de los Estados Unidos en el distrito donde resida o se halle, sin consideración al importe del objeto de litigio, y tendrá derecho a recuperar el triplo de los daños sufridos, así como las costas judiciales, incluyendo unos honorarios razonables (a reasonable fee) de letrado".

El lenguaje es de la mayor amplitud y generalidad posible y huye de todo formulismo. La única mención concreta es la del trust, tributo inevitable a las circunstancias políticas y económicas. En principio, se somete al ámbito de la legislación federal toda práctica, todo tipo de organización, todo acuerdo o convenio, sea cual fuere su forma, cuyo objeto provoque ora la restricción del tráfico, ora la constitución de un monopolio. La proposición inicial es categórica: "Se declara ilegal todo contrato, agrupación en forma de trust o de cualquier otra manera, o colusión... restrictiva del comercio o del tráfico...", y lo mismo cabe decir del artículo 2º: "Toda persona que monopolice o intente monopolizar ... o bien se agrupe o concierte con otra u otras para monopolizar una parte del comercio o del tráfico ...", estilo y concepción típicamente anglosajones. Se apunta fundamentalmente al contenido y a la intención, más que a la forma orgánica o a la estructura institucional.

cedimientos: la acción penal incoable de oficio por los Fiscales de Distrito y el original procedimiento de "equidad" (proceedings in equity), que, basado en una institución inglesa de abolengo medieval, es utilizable tanto por las autoridades como <sup>por</sup> los particulares perjudicados, con objeto de obtener del Tribunal un interdicto formal (injunction) para que la parte demandada deje de ejercer, so pena de apremio personal o multa, determinadas prácticas o no llegue a consumir operaciones de signo restrictivo o monopolístico, o, por el contrario, ejecute determinadas acciones a las que se negaba sin justa causa, entorpeciendo así la actividad del tráfico. A diferencia de la acción civil clásica, que consiste normalmente en que se declare el derecho de una de las partes a la propiedad o titularidad de un bien o en reclamar una suma de dinero como indemnización de daños y perjuicios, la acción de equidad tiende a conseguir del Tribunal un pronunciamiento que requiera directa y ejecutoriamente al demandado a cumplir lo prometido o a cesar en determinada conducta o no consumir cierta acción (26). De la índole material del fallo de "equidad" deriva otra característica diferencial: mientras que el fallo civil ordinario, también llamado "legal", no surte por sí mismo efectos ejecutivos, sino que únicamente habilita al demandante victorioso a recabar la acción coercitiva de los agentes del Tribunal, mediante la aprehensión física, si es preciso, del bien o de la suma objeto del litigio, en cambio el fallo de equidad se dirige al propio demandado, pues si no lo ejecuta por sí mismo, sufrirá multa o prisión. Por

---

(26) Como dijo el Tribunal Supremo en su célebre sentencia International Salt Co. v. United States, U.S. 392,401 (1947): "En un proceso de equidad, el objeto que se pretende no es el castigo de las infracciones pasadas, ni poner simplemente coto a prácticas ilegales concretas. El interés general a que tienden esos procesos es que efectivamente fuercen la apertura a la competencia en un mercado que ha estado cerrado por restricciones ilícitas de los demandados".

eso se suele decir que un pronunciamiento de equidad actúa "in personam", mientras que una sentencia civil en sentido convencional opera puramente "in rem". En la organización judicial norteamericana, sólo los Tribunales superiores pueden juzgar "en equidad", mientras que todos los tribunales de lo civil están habilitados para juzgar los casos de preparación pecuniaria o declaración de derechos ( 27 ).

Ahora bien, todo lo expuesto tiene carácter genérico, es decir, se aplica a todas las hipótesis imaginables de prácticas u organizaciones restrictivas o monopolísticas. Util sería, pues, preguntar cómo puede influir el proceso de equidad, o mejor dicho, su instrumento principal, la injunction, en las operaciones de concentración stricto sensu; en otras palabras, qué medidas específicas cabe esperar de la técnica interdictal en materia de fusiones, absorciones, compra de capital o activos de empresas competidoras. Concretamente, la injunction es capaz, en último extremo, de pronunciar la disolución de una sociedad mercantil y su división en varias compañías, y de prohibirles que se concierten de modo alguno; es capaz a fortiori de adoptar medidas parciales como la venta obligatoria de paquetes de acciones o activos físicos poseídos en otra compañía, así como de vetar, a título preventivo, una fusión de sociedades o que una compañía adquiera capital o activos de otra. En suma, los Tribunales norteameri-

( 27 ) Cfr. LEWIS MAYERS, "The American legal system", páginas 217-222, Nueva York, Evanston y Londres, 1964, Harper & Row, Publishers. Según el autor, a fines de 1963 sólo Arkansas, Delaware, Mississippi y Tennessee conservaban tribunales especiales de equidad. Con lúcida concisión, KRONSTEIN, MILLER y DOMMER han explicado la naturaleza jurídica de la injunction, hasta cierto punto parecida a la del interdicto en los sistemas procesales de origen romano: "La acción de injunction anti-trust es, por su forma, un "procedimiento de equidad", en sustancia una acción pública, con sanciones más bien civiles que penales, para la vindicación del derecho público y la reparación o prevención de daños a la comunidad. Considerar el ajuste de la reparación adecuada en un proceso de esta índole como si fuese igual que la misma función en un litigio privado implica desconocer tanto el origen legal de aquélla como su carácter público y el interés público que tutela". ("Major American Antitrust Laws").

canos pueden decidir sobre la supervivencia o extinción de una sociedad mercantil como entidad jurídica independiente, a la luz de consideraciones de orden público económico. Más crudamente, la Ley SHERMAN otorga al Poder judicial derecho de vida y muerte sobre las compañías, y no sólo facultad de fiscalización de sus actos, de tal modo que no sólo opera sobre el funcionamiento, sino también, al menos como posibilidad teórica, sobre la estructura misma de las empresas. En este aspecto, la legislación antitrust ha constituido una verdadera revolución en la técnica jurídica.

Analícemos ahora cómo se aplicó la Ley SHERMAN en los veinticuatro primeros años de su vigencia, o sea, hasta 1914, en que, precisamente para llenar sus principales lagunas jurídicas, se dictó la Ley CLAYTON, segundo hito del ordenamiento antitrust, y examinemos también en qué medida influyó la nueva normativa en la concentración económica.

#### 4.- La aplicación de la Ley SHERMAN: vicisitudes y resultados.-

Al estudiar las instituciones jurídicas, como el resto de las Ciencias sociales, tiene el investigador una alternativa: seguir un hilo cronológico o un orden sistemático; en otras palabras, el relato histórico o el análisis por conceptos o materias. El segundo método parece más riguroso y se presta mejor a la clasificación sinóptica en categorías bien definidas; aplicado a la Ley SHERMAN, implicaría abrir un apartado para cada una de las formas concretas de concentración descritas en capítulos anteriores. Ahora bien, semejante planteamiento sería perjudicial a la visión de conjunto; abocaría a compartimentar artificiosamente etapas, casos y episodios que, en realidad, son enterizos de un proceso total en lo jurídico, lo político y lo económico, a despecho de cambios y mutaciones. No sería realista ni científico exa-

petir con las holdings, dedicar un tercer subtítulo a las participaciones, etc. Preferimos, pues, el enfoque cronológico, troceando el período en dos etapas perfectamente definidas: la que va desde la entrada en vigor de la Ley hasta la llegada de TEODORO ROOSEVELT a la Presidencia (1901), o más bien hasta la sentencia del caso Northern Securities (1904), y cuya característica es la lenidad de la Administración ante la mayor oleada de amalgamas que los Estados Unidos habían conocido hasta entonces (y quizá, proporcionalmente, en toda su historia), y la que se extiende posteriormente hasta la entrada en vigor de la Ley CLAYTON.

a). Los primeros trece años: inercia administrativa, conservadurismo judicial, vorágine concentradora.

En la medida que las instituciones son análogas a los organismos vivos, y especialmente a los seres humanos, no es despropósito afirmar que la Ley SHERMAN tuvo infancia enfermiza y precaria, que duró una docena de años, si bien su entrada en vigor surtió consecuencias benéficas: el fin del trust como forma tentacular de concentración industrial y financiera, y la introducción por diversos Estados de leyes antitrust en su respectivo ámbito de jurisdicción.

a' - Inercia de la Administración.

En los primeros años la concentración experimentó relativo estancamiento por la crisis monetaria, que abocó al pánico financiero de 1893 y a quiebras comerciales, sobre todo bancarias, "en cascada". De ahí que los Tribunales no tuvieran apenas ocasión de contrastar el nuevo texto en materia de aglutinamientos empresariales, y que el Tribunal Supremo no fallara hasta 1895 el primer litigio (el célebre asunto Knight). Ahora bien, razones políticas de palmaria sencillez determinaron que el último tercio del siglo transcurriese sin relieve en lo que se refiere a la no-

vel jurisdicción.

En primer lugar, el Congreso no dispuso, por inadvertencia o por influjo de los grupos de presión, hostiles a toda interferencia estatal, asignación alguna de fondos para el Departamento de Justicia del Gobierno federal, al cual se encomendaba, en definitiva, el funcionamiento del sistema. Hasta 1903 no se consignaron créditos para la ejecución del ordenamiento antitrust. Se añadió, se acumuló sencillamente, la aplicación de la Ley SHERMAN a la tarea ordinaria del Departamento, que carecía de preparación para un menester de absoluta y revolucionaria novedad. Ni su oficina central ni sus órganos locales tenían experiencia alguna en materias fundamentalmente económicas, por lo que tendían a concentrar sus actividades y aptitudes en el aspecto puramente forense, sacrificando, o no abordando apenas, la investigación del mercado y la recogida de datos sobre la conducta de las empresas dominantes en cada sector.

Como apunta THOREILLI (op. cit., pág. 588), se ha justificado con dos posibles explicaciones la falta de créditos presupuestarios: por una parte, el optimismo ingenuo del Congreso que, imbuido de fe en la libertad de competencia y el valor reverencial de la Ley, creía en la eficacia automática de la prohibición legalmente decretada, sin necesidad de reforzar los efectivos de la Administración; por otra parte, el hecho de que la propia Ley ofrecía generosamente al particular perjudicado la perspectiva de obtener por acción de resarcimiento civil el triplo de los daños efectivamente sufridos.

Sin embargo, entrambos alegatos tenían escaso valor, como no se tardó en comprobar. En realidad, los Poderes públicos no sentían, por negligencia o por temor a indisponerse con el "big business", el menor apremio moral ni político en acelerar la vigencia de un texto votado como concesión ineludible a la opinión pública. Los Presidentes HARRISON,

ordenanzas con un mínimo de rigor y eficacia, y lo mismo cabe decir de los Fiscales Generales del período, exceptuando a JUDSON HARMON. Transcurrió más de un sexenio antes de que un Fiscal General (precisamente HARMON en el asunto Trans-Missouri) se dignase informar personalmente ante el Supremo, y no se dio un solo caso en que la magistratura incoase acción pública a propósito de "combinations" que ya hubiesen sido declaradas ilegales en litigio civil de tipo privado interpuesto por la parte lesionada (28). A lo largo de los años fueron amontonándose en los archivos del Departamento de Justicia numerosas denuncias, algunas bien documentadas, cuya mayor parte no logró promover investigación oficial. En definitiva, las escasas acciones de cierto relieve emprendidas contra los conciertos de empresas o los gigantes monopolizadores de los mercados debieron a la iniciativa y decisión de un pelotón de Fiscales de distrito (district attorneys), desgraciadamente limitados por la cortedad de sus recursos materiales y por la falta de apoyo de Washington.

De la escasa labor del Departamento de Justicia en el sector antitrust da idea el dato de que entre julio de 1890 a diciembre de 1903 sólo entabló 23 acciones públicas ante los Tribunales Federales, 16 de las cuales fueron civiles, o sea de "equidad", y sólo 7, penales. De las diez y seis, once se referían a concierto o colusión entre diversas firmas, tres a conciertos entre organizaciones laborales y sólo dos a fusiones o adquisiciones de empresas. Las causas criminales sustanciaron tres casos de colusión, dos de fusión y otros dos de conciertos laborales (29). Por lo que interesa a nuestro estudio, sólo se instruyeron, pues, cuatro casos de ayuntamiento empresarial propiamente dicho, y de ellos uno, concre

---

{ 28 } HANS B. THORELLI, op. cit., página 594.

{ 29 } "The Federal Antitrust Policy", de THORELLI, págs. 590-597.



el Tribunal Supremo, porque el Departamento ~~desistió~~ de mantener la acusación, en condiciones, por otra parte, no claras.

b' - Una jurisprudencia restrictiva.

La actitud del Tribunal Supremo fue más bien restrictiva e inmovilista. Precisamente su caso más importante fue un asunto de concentración empresarial stricto sensu, y el primero que resolvió en materia antitrust: el célebre asunto KNIGHT ( 30 ) que, por la envergadura de su protagonista, la American Sugar Refining Company, es decir, el trust azucarero, muy influyente en el Capitolio de Washington, constituía la verdadera prueba de fuego para la jurisdicción antitrust. Forzosa es una referencia sumaria a los antecedentes del litigio, cuyo eco repercute en todos los tratados y manuales de derecho de la competencia.

La American Sugar Refining Co. se había constituido en 1891 al amparo de la Ley de Sociedades del Estado de Nueva Jersey de 1889, que permitía a las compañías poseer acciones de otras sociedades, sancionando así la holding company, novedad subversiva en el marco jurídico. La entidad, que producía el 65 por 100 de todo el azúcar refinado en los Estados Unidos, adquirió al año siguiente las instalaciones de la E.C. Knight, de Filadelfia, y de otras tres sociedades locales, que sumaban aproximadamente un 30% del refino total del país, por lo que la compradora pasaba a dominar el 95% del mercado nacional, convirtiéndose virtualmente en monopolista. Considerando que esos contratos de compraventa suponían paladina restricción de la competencia, literalmente del "comercio", el Gobierno Federal interpuso demanda contra las cuatro entidades vendedoras, para que se anulasen las operaciones. Tanto el Tribunal de Circuito (Circuit Court) como el Tribunal de Apelación (Circuit Court of Appeal) desestimaron la diligencia, y

---

(30) United States v. E. C. Knight Company, 156 U.S.1 (1895).

el Gobierno recurrió en última instancia al Supremo, que confirmó por sentencia de 21 de enero de 1895 los fallos apelados, afirmando por boca de su Presidente FULLER, en un alarde de acrobacia dialéctica, que las transferencias impugnadas no entraban en el supuesto de "restricción del comercio" del artículo 1º de la Ley SHERMAN, ya que habían procurado simplemente la adquisición de fábricas, mientras que el legislador trataba de "comercio", no de operaciones a nivel industrial.

El principal considerando decía ( 31 ): "Fue a la luz de principios bien asentados como se elaboró la Ley de 2 de julio de 1890. El Congreso no intentaba afirmar con ello su poder de regular el monopolio como tal, ni de limitar y restringir los derechos de compañías creadas por los Estados o de ciudadanos de los Estados en orden a la adquisición, dominio o enajenación de propiedades..... A lo que la Ley apuntó fue a las agrupaciones, contratos y colusiones para monopolizar el comercio y el tráfico (trade and commerce) entre los diferentes Estados o con naciones extranjeras; pero los contratos y acciones de los demandantes se referían exclusivamente a la adquisición de las refinerías de Filadelfia y del negocio del refino del azúcar en Pennsylvania, y no guardaban relación directa con el comercio entre Estados o con el extranjero... Es cierto que la demanda aducía que los productos de las refinerías se vendían y distribuían en varios Estados y que todas las compañías ejercían el comercio y traficaban con esos Estados y con el extranjero; pero esto no era más que decir que el comercio y el tráfico ayudaban a que la manufactura cumpliera su función... No se deduce que un intento de monopolizar... la elaboración constituyera una tentativa... de monopolizar el comercio...".

---

(31 ) Cfr. KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, "Major American Antitrust Laws", pág. 6; se reproducen y comentan, asimismo, determinados pasajes por THORELLI, "The Federal Antitrust Policy", páginas 445-448.

LAN (más tarde Presidente del Tribunal), quien redactó voto particular (dissenting opinion), afirmando que "todo lo que obstruya indebidamente el libre curso del intercambio y tráfico interestatal en el sentido de compra y venta de artículos que deban transportarse de un Estado a otro, puede ser objeto de consideración por el Congreso, en virtud de sus poderes para regular el comercio entre los Estados" ( 32 ).

La sentencia del caso KNIGHT que, por otra parte, no dejó de invocar, en punto a la distinción tajante de manufactura y comercio, fallos anteriores de índole civil (así, Kidd v. Pearson, Coe v. Errol, etc.) "paralizó", según un distinguido historiador ( 33 ) el funcionamiento de la Ley por una década, si bien cuatro años más tarde, en el famoso asunto Addyston Pipe and Steel Co. v. the United States (1899), desestimó la distinción a propósito de un pool de fabricantes de tuberías, considerando que, en definitiva, los pactos se referían a la compra y venta en el ámbito interestatal ( 34 ). Esto equivalía virtualmente a una retractación, que por fortuna se confirmó en varios litigios ( 35 ). Sin embargo, todavía en plena ofensiva rooseveltiana contra los monopolios, operaba el efecto retrasado de una jurisprudencia formalista instintivamente propensa a exceptuar todo lo que no consistiera en la venta o transporte de mercancías. Así, en 1906,

(32?) "Se dice que la manufactura precede al comercio y no constituye parte de él. Pero no es menos cierto que cuando termina la manufactura, lo que se ha elaborado se convierte en objeto de comercio y que la compra y la venta suceden a la manufactura..., preceden al transporte y son intercambio comercial, cuando los artículos se compran para ser llevados de un Estado a otro, ....".

( 33 ) HAROLD U. FAULKNER, "American Economic History", pág. 489.

( 34 ) Refª. 175 U.S. 211 (1899). Ver extracto en IRWIN M. STELZER, "Selected Antitrust Cases: Landmark decisions", Homewood, Illinois, 1966 (3ª edición), páginas 162-163.

( 35 ) Sobre todo en el caso Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co., 344 U.S. 219 (1948). Cfr. KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, "Major American Antitrust Laws", pág. 7. El Supremo rechazó el argumento de los demandantes de que el comercio y transporte de azúcar refinado entre dos o más Estados no tenía nada que ver con el control de la producción de semillas de remolacha en un Estado cualquiera.

Packet Bay (36), que la Ley SHERMAN no era óbice para que una compañía adquiriese el negocio de otra, ya que toda repercusión sobre el "comercio" era de orden puramente incidental a la venta de activos. Por otra parte, se reconoce unánimemente que la brecha abierta por la sentencia KNIGHT en el dique de la legislación antitrust abrió paso a la avalancha de concentraciones que desde 1897 a 1904 inundó la economía norteamericana.

No sólo en la interpretación del concepto de comercio, sino también en el de "restricción del comercio", vacilaron los Tribunales. Se trataba concretamente de saber si toda restricción quedaba automáticamente tachada de nula y delictiva o si sólo eran perseguibles las restricciones manifestamente perjudiciales al consumidor o a los intereses del público en general. En principio, conforme a una interpretación literal y rigurosa (Todo contrato, agrupación ... colusión ...), la prohibición no admitía excepción, fueran cuales fuesen las razones o motivos del convenio o acuerdo, y fuesen cuales fueran sus efectos, buenos o malos, favorables o dañosos, para la estructura del mercado, el desarrollo de las empresas participantes o la calidad del servicio al público consumidor o usuario. Por más que los autores de la práctica o "combination" alegasen, y casi nunca dejaban de hacerlo, que la fórmula estabilizaba las transacciones y evitaba los excesos y abusos propios de una competencia sin regla ni cuartel, la operación quedaba maculada con el estigma imborrable de de "restraint of trade".

En los primeros tiempos los Tribunales se atuvieron al aforismo, tan implacable como persuasivo, de "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus". La Ley no había hecho salvedad ni distinción; toda restricción concertada era

ilegal y delictiva; dura lex, sed lex. Ahora bien, pronto se insinuó, primero en los Tribunales inferiores y posteriormente en el Supremo, la idea de que a tenor de los principios seculares del Common Law aplicados hasta la entrada en vigor de la normativa federal, la prohibición sólo afectaba a los ciertos dañosos, y que, por el contrario, eran perfectamente lícitos los convenios "razonables", es decir, los que únicamente pretendían ordenar el mercado. Se fue introduciendo así la distinción entre "restricciones justificadas" (reasonable restraints) y "restricciones injustificadas" (unreasonable restraints), que, si bien no fue taxativamente aceptada por el Supremo hasta el año 1911 a propósito del litigio Standard Oil con el nombre de "regla de la razón" (rule of reason), no dejaba de reflejar una tendencia cada vez más difundida. Invocado en un principio a propósito de acuerdos entre compañías ferroviarias para la fijación de tarifas y normas uniformes y el reparto de las zonas de servicio, concretamente en el caso Trans-Missouri Freight Association (37), el distingo no tardó en generalizarse, hasta el punto de que lo alegaban en su defensa cualesquiera empresas o agrupaciones acusadas por la Fiscalía General por concepto del artículo primero, fuese cual fuese su sector específico (38) y la naturaleza o forma de la práctica o asociación impugnada.

En conclusión, antes de 1900 tendía a relajarse la jurisprudencia federal acerca de la interpretación de los conceptos fundamentales de la ley, actitud que exteriorizaba duda o perplejidad íntima sobre la presunta superioridad de la competencia como valor absoluto y, por consiguiente, sobre la

---

(37) Refª. 166 U.S. 341 (1897).

(38) Vide, por ejemplo, el caso United States v. Addyston Pipe and Steel Co. et alios (1899), ya citado en la nota

34. Visiblemente influido por el precedente del caso KNIGHT, el Tribunal del Circuito desestimó la demanda del Gobierno, y si bien el Tribunal de Apelación del Sexto Circuito casó el fallo condenando el consorcio colusivo, el ponente TAFT (más tarde Presidente de los Estados Unidos de 1909 a 1913, y del mismo Supremo) admitió que una restricción podía ser lícita y vinculante si se pactaba como condición instrumental y como garantía de un contrato lícito.

c' - La vorágine concentradora.

Vencida la crisis de 1893, los negocios se recuperaron, al principio con lentitud, y con rapidez aumentativa a los pocos años, de tal forma que en 1900 la economía latía al ritmo trepidante de una tecnología revolucionaria en un mercado de dimensiones continentales. El capitalismo sintió una vez más la necesidad de adaptar el marco empresarial a horizontes crecederos; de ahí la fundación de colosos monopolísticos en la mayoría de los sectores de punta. Otro de los reactivos que alentaron el proceso fue la experiencia de que en la depresión superada resistieron mejor las primeras grandes concentraciones, gracias al volumen de sus reservas, como la American Sugar Refining y la Standard Oil de Nueva Jersey ( 39 ).

La estadística más aproximada sobre los ayuntamientos empresariales de la época, aunque no hacía distinción alguna según la forma orgánica escogida, fue la de JOHN MOODY ( 40 ), que registró los siguientes números:

1887-1897 .....	86 casos.
1898-1900 .....	149 "
1901-1903 .....	127 "
<hr/>	
Total 1887-1903 .....	362 casos.

De estas 362 "consolidations", las verdaderamente operantes en 1903 eran 318. Lo esencial es que de las 92 principales estudiadas por MOODY en 1904, 78 controlaban más del 50 por 100 de los productos de sus respectivos sectores, y que las primeras 26 acaparaban por lo menos el 80%, tanto más cuanto que en la casi totalidad de los supuestos se trataba

---

( 39 ) Efectivamente, la American Sugar Refining Company, fundada en 1891, pagó dividendos equivalentes al 22 por 100 de su capital en acciones ordinarias el año 1893, y siguió pagando el 10% los años siguientes. Cfr. A. D. H. KAPLAN, "La empresa en un sistema de competencia", pág. 25, nota 5 (Méjico, 1967, Edit. Limusa-Wiley, S.A.)

( 40 ) "The truth about the Trusts" (Moody Publishing Co. 1904), cit. por RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", página 85, y A. D. H. KAPLAN, op. cit., págs. 25, 26 y nota 7.

de aglutinamientos horizontales, amalgamas de compañías directamente competidoras, de empresas que obtenían el mismo producto.

He aquí la lista de los ayuntamientos más espectaculares e influyentes de 1897 a 1903, años de alud concentrador (.4B):

- American Malting Company .....	1897.
- Glucose Sugar Refining Company .....	1897.
- The Amalgamated Copper Company .....	1899.
- American Agricultural Chemical Company .....	1899.
- The Distilling Company of America .....	1899.
- The American Smelting and Refining Company..	1899.
- The Standard Oil Company of New Jersey .....	1899.
- United Shoe Machinery Co. ....	1899.
- American Locomotive Company .....	1901.
- Consolidated Tobacco Company .....	1901.
- Eastman Kodak Company .....	1901.
- United States Steel Corporation .....	1901.
- International Nickel Company .....	1902.
- Corn Products Company .....	1902.
- International Harvester Company .....	1902.
- National Packing Company .....	1903.
- E. I. du Pont de Nemours Powder Company ....	1903.

De las entidades así nacidas algunas figuran hoy entre las mayores de los Estados Unidos y, por consiguiente, de la economía mundial: así, Standard Oil, de Nueva Jersey, que es hoy la primera sociedad petrolífera; United States Steel, "reina" de la siderurgia; Amalgamated Copper, la mayor refinadora del cobre; United Shoe Machinery, primera fabricante de maquinaria para calzado; International Harvester, que sigue ostentando la hegemonía en la producción de tractores y maquinaria agrícola en general; y sobre todo Dupont de Nemours, que habiendo inventado en 1929 la fibra de nylon, constituye la primera empresa química de nuestro tiempo. Lo revelador de la ola finisecular fue, pues, que con ella quedaron consolidadas las estructuras del capitalismo norteamericano, con rasgos que en lo esencial perduran. Cabría, por otra parte, añadir que así como de 1897 a 1899x se fusio

---

(.4I) JAMES C. BONBRIGHT y GARDINER C. MEANS, "The Holding Company, Its public significance and its regulation", Nueva York, 1969, págs. 68-72 (Augustus M. Keller Publishers), y RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", págs. 85-86.

tir de 1900 ya no surgieron tantas entidades nuevas, sino que empezaron a aglutinarse las que, a su vez, eran resultado de concentraciones en gran escala, de tal forma que se formaron "pirámides de pirámides" (42), cuyo ejemplo caracterizado se encarna precisamente en la Unites States Steel, que, con un capital inicial de 1370 millones de dólares (cifra fabulosa entonces) fue producto de la fusión de once consorcios independientes, los cuales explotaban, a su vez, 785 fábricas.

A fines de 1903 amainó el ritmo concentrador, debido en parte a una crisis financiera que repercutió especialmente en los promotores y Sindicatos encargados de emitir acciones de las grandes compañías holding (43) y acarreó varias quiebras resonantes, como las de National Asphalt Company, constituida en 1900; Glucose Sugar Refining Company (azúcar y glucosa); United States Leather Company (cuero); National Starch Company (almidón); National Cordage (cordelería); National Salt Company (sal) y American Bicycle Company (bicicletas), así como en las pieles, la malta, el algodón para lonas, la cuchillería, el papel prensa, el aceite de linaza, etc.

Ahora bien, más significativo aún que el volumen de las operaciones era la forma orgánica escogida. Descartado el trust por el artículo 1º de la Ley SHERMAN, quedaban teóricamente dos vías extremas a disposición de las grandes sociedades: una, más bien laxa, la community of interests, o sea, la propiedad común por un socio o minoría de socios de una parte decisiva del capital de dos o más compañías, con lo que se lograba el control de todas; otra, como nexo estrecho e intenso, la fusión propiamente dicha, bien mediante el lanzamiento de entidad nueva, bien por absorción de una o varias

---

(42) Cfr. ARTHUR DEWING, "Financial Policy of Corporations", págs. 924-925, 4ª edición (Nueva York, 1941, Ronald Press), cit. por DAVID DALE MARTIN, "Mergers and the Clayton Act".

(43) Cfr. RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", pág. 86.



adquisición de todas las acciones o de los activos físicos de una compañía por otra, sin disolución formal de la primera. La primera solución tenía el inconveniente de su insolidez orgánica, derivada de la ausencia de formalismo y solemnidad; era un estado puramente fáctico. La otra ofrecía, en cambio, la ventaja de un vínculo contractual y categórico, pero adolecía de rigidez y falta de agilidad en comparación al mecanismo del trust.

Cierto que desde la reforma notablemente liberal del derecho de sociedades de Nueva Jersey de 1888 a 1893, el cual autorizaba con carácter general a las compañías mercantiles la posesión de acciones de otra, se abría a los gigantes de la industria y las finanzas una tercera posibilidad, la holding company, que hasta entonces requería en todos los Estados el permiso taxativo de la Asamblea Legislativa en el acto de aprobación u otorgamiento de la Carta fundacional de la compañía. Justamente, la fórmula se ideaba para que las sociedades dominantes disfrutasen de las ventajas del trust, sin incurrir en las prohibiciones legales, con lo que se lograba, en definitiva, un mecanismo más vinculante que el de la community of interests, pero no tan completo ni formalista como la fusión.

Durante la primera década la fórmula favorita fue la fusión, según lo apuntado, ya que, aunque se reconocía la superioridad teórica de la holding, cundía la reserva ante el empleo de una técnica nueva, cuya inmunidad respecto al ordenamiento antitrust no cabía diagnosticar por falta absoluta de jurisprudencia. De ahí que de las amalgamas constituidas de 1889 a 1897 "con miras monopolísticas" (monopoly-

adoptaran la forma fusionista, menos la American Cotton Oil Company (1889), que se organizó como holding para suceder al viejo Cotton Oil Trust, adquiriendo las acciones de las dieciséis compañías participantes. Incluso durante los años 1898 y 1899 se siguió utilizando con más frecuencia la fusión que la holding; de cuarenta y una operaciones importantes, sólo seis correspondieron al segundo tipo (45), si bien una de ellas era, por su envergadura y precedentes, el exponente más representativo del capitalismo de expansión, a saber, la Standard Oil que, hostigada con tenacidad por el Fiscal General de Ohio, por deliberada lentitud en el cumplimiento de la sentencia disolutoria de los Tribunales del Estado (1892), acordó en 1899 modificar la Carta Estatutaria y obtuvo autorización para poseer títulos de capital de otras entidades, convirtiéndose en compañía matriz de un tupido retículo industrial. Hubo, por fin, algunas concentraciones por compra de propiedad en bloque: así, Continental Tobacco Company, International Paper Company y American Woollen Company.

El ejemplo de la Standard Oil, de Rockefeller, alentó al mundo industrial y financiero en la aplicación, a gran escala, de la fórmula holding y los cuatro años siguientes (1900-1903) calэндaron una cascada de operaciones casi tan numerosas como los actos de fusión en sentido propio. Concretamente se registraron dieciséis nuevas holdings de un total de veintinueve amalgamas, entre ellas las ya nom-

(44) "The Trust problem in the United States", Nueva York, 1.928, pág. 40. Las otras nueva fueron el caso ya citado de la DIAMOND MATCH COMPANY, en 1899, la American Tobacco Company (1890); la Distilling and Cattle Feeding (1890), la National Starch Manufacturing Company (1890); la American Sugar Refining Company (1891); la National Wall Paper Company (1892) y la United States Leather Company (1893).

(45) Las otras cinco fueron: Federal Steel Company, en 1898, y al año siguiente la Amalgamated Copper Company, American Agricultural Chemical Co., la Asphalt Company of America y la Distilling of America.

kel, National Packing y E.I. Dupont de Neumors. Ahora bien, la mayor y más influyente, y por otra parte una de las más espectaculares de todos los tiempos, llamada con razón "the consolidation of consolidations", fue el nacimiento de la United States Steel Corporation en 1901, con todos los rasgos de la holding"pura", o sea, como sociedad exclusivamente poseedora de paquetes accionarios en las once firmas siderúrgicas concurrentes a su fundación. Aun así, se alumbraron nuevos colosos por vía de fusión propia, como American Can (conservas), American Cigar, Corn Products e International Harvester.

b). El despertar de la Administración antitrust: De ROOSEVELT a WILSON (1901-1914).

Al cabo de una década de Ley SHERMAN, y cuatro años de concentraciones mayoritariamente monopolísticas, la opinión pública y los partidos nacionales parecieron sacudir la indiferencia tranquila y propia al optimismo en que les arrullara una ola sin precedentes de expansión y prosperidad y de nuevo se dejaron oír voces alarmistas y acusaciones contra las agrupaciones y consorcios en general, llamados con el nombre genérico de trusts. En estas circunstancias un magnicidio puso fin súbita y cruentamente a una tendencia crónica de inmovilismo. El 6 de septiembre de 1901 caía asesinado por un anarquista el Presidente MCKINLEY, y subía a la suprema magistratura el Vicepresidente TEODORO ROOSEVELT, la figura más representativa de una sociedad a la vez democrática e imperialista, tan imbuida del culto a la ley y a la libertad como doblegada por el respeto reverencial a la fuerza y al dinero, recelosa de los consorcios como enemigos de la libertad de competencia y admiradora, al mismo tiempo, de la empresa gigante en cuanto modelo de perfección técnica, financiera y organicista. Durante siete años de mandato, los tres primeros (1901-1904), en sustitución de MCKINLEY, marcaría ROOSEVELT

el ordenamiento antitrust por huella característica, imprimiéndole tendencias que, si no del todo congruentes, siguen en vigor mutatis mutandis, y cuyos efectos directos no dejaron de operar hasta la elección de WOODROW WILSON (1914).

a' - El gran dilema: dimensión versus competencia,  
monopolio versus libertad.

He aquí una alternativa dramática que surge en cualesquiera latitudes a propósito del proceso concentrador. Por un lado, apunta el peligro de dominio absoluto del mercado por una minoría de colosos que !colmo de males! terminan por asociarse o entendiéndose; por otro, sólo ellos disponen de los recursos financieros indispensables a la satisfacción de una demanda continua y aumentativa, así como a la aplicación de ciertas técnicas especialmente costosas. Pues bien, fue en los Estados Unidos donde se planteó públicamente la cuestión, proyectando polémicas que todavía dividen a sociólogos, economistas y políticos.

Ya en 1899, la Federación Cívica de Chicago había convocado una vasta conferencia para debatir el problema de los trusts en general, conferencia a la que asistieron más de setecientos deliberantes: gobernadores de Estados, hombres de negocios, sindicalistas, periodistas y profesores de economía. Expusieron allí más de noventa oradores todos los puntos de vista imaginables, unos en el sentido de que el trust y el gigantismo eran siempre y en todo lugar nocivos, otros en el de que había que admitir el crecimiento de la gran empresa como motor de la economía; otros más, argumentando que correspondía controlar únicamente los abusos de la situación dominante en el mercado, no la expansión de la firma. Desbordó pronto la discusión el terreno estrictamente económico para adquirir matiz político: ya no se trataba tanto de pronunciarse por la competencia o por el monopolio, como de saber cuál era la organización económica ideal que convenía al tipo de la sociedad norteamericana.

Por lo que se refiere concretamente al problema de la integración empresarial, varios participantes se hicieron eco del miedo de las regiones agrícolas y ganaderas a que las firmas gigantes nacidas del movimiento concentrador estuviesen en situación de operar como monopolio de demanda para los productos agropecuarios, y en cambio como monopolistas de oferta de artículos manufacturados. Otros se hicieron portavoces de lo que llamaban la clase media de pequeñas empresas independientes y de artesanos, cuya supervivencia creían amenazada por los tentáculos del colosalismo, y no faltaron sindicalistas que acusaran a los trusts y también a las empresas grandes de privar al individuo de su derecho natural al trabajo, sin perjuicio de que otros líderes del proletariado aceptaran el sistema de "combination" como parte del régimen americano y le reconocieran la ventaja de que eliminaba muchos males de la competencia y hacía posible salarios más elevados.

Una de las aportaciones más sugestivas fue la propuesta por JOHN BATES CLARK de una nueva legislación, a la cual se asemeja la Ley CLAYTON adoptada quince años después, y que el autor justificaba así: "El pueblo se esfuerza en la actualidad por detener la centralización (centralization) con vistas a excluir el monopolio, si bien su esfuerzo consistirá en último término en eliminar el elemento monopolístico que lleva consigo el capital acumulado y al mismo tiempo permitir que prosiga la acumulación. La línea divisoria entre lo que es bueno y debe continuar, y lo que es perjudicial y debe desaparecer, no se halla entre capital y concentración, sino entre centralización y monopolio" (46). El título de su exposición era de por sí expresivo: "Necesidad de suprimir los monopolios, conservando los trusts".

Ahora bien, el planteamiento más lúcido y excitante, dentro de su sobriedad discursiva, fue quizás el del

---

(46) Cfr. por DAVID DALE MARTIN, "Mergers and the CLAYTON Act", página 7.

publicista de Wall Street SERENO S. PRATT (1903): "..... Saber cómo conservar las ventajas de la concentración y deshacernos al mismo tiempo de sus males; cómo impedir el desperdicio de la competencia sin destruirla; cómo asegurar la estabilidad y la firmeza sin la pérdida de la libertad individual ... cómo hacer posibles los fines de las grandes empresas sin recurrir a métodos que requieran la violación de las leyes y la corrupción de las Cámaras Legislativas; cómo alentar la promoción sin los males del exceso de capitalización y de las especulaciones ... todo esto constituye el único gran problema a que nos enfrentamos, pues sobrepasa y engloba a los demás" ( 47).

Decidido, con el ardor de un cruzado de la ideología liberal, a someter a la ley los grandes consorcios para garantizar una competencia efectiva, más también persuadido de la eficacia y dinamismo de esos mismos grupos, TEODORO ROOSEVELT se propuso operar simultáneamente en dos direcciones: lograr que se reconociera la distinción entre agrupaciones creadas artificialmente para dominar el mercado e integraciones que eran "resultado de causas naturales en el mundo de los negocios", y poner en funcionamiento el dispositivo anti-trust del Departamento de Justicia. En su primer informe al Congreso (3 de diciembre de 1901) declaró acerca del crecimiento de las grandes sociedades: "..... Los grupos artificiales, tales como las corporaciones y las sociedades anónimas u otras asociaciones dependientes de cualquier ley estatutaria para su existencia o privilegios, deben quedar sujetos a una supervisión gubernamental apropiada y con intervalos razonables debe publicarse información completa y precisa relativa a sus operaciones". En posterior mensaje al Congreso recomendó ROOSEVELT que se reglamentara la Ley SHERMAN, matizando ( 47) "¿Quién es el dueño de los Estados Unidos?"; en "World's Week", tomo 7, pág. 4.266 (1903), citado por A.D.H. KAPLAN, "La empresa en un sistema de competencia", págs. 26-27

zando prácticas y combinaciones razonables y no razonables, pero no encontró eco (48).

b' - Una nueva política: la ofensiva contra los monopolios injustificados".

Pronto se concretaron en medidas legislativas las propuestas del Presidente. En efecto, el año 1903 el Congreso aprobó, a instancia de la Casa Blanca, tres leyes de ámbito limitado pero importantes por su alcance práctico: la Expediting Act, la Elkins Antirebate Act y la Department of Commerce and Labor Act. Sólo interesa a nuestro estudio la tercera, pues la primera contenía una reglamentación estrictamente procesal, que consistía en obligar a todo Tribunal de circuito (hoy Distrito) a preferir a cualesquiera asuntos pendientes, los pleitos incoados por el Gobierno Federal al amparo de la Ley SHERMAN o de la de Comercio Interestatal, siempre que el Fiscal declarara por escrito que el caso revestía "interés público general", y la segunda se limitaba a prohibir a las compañías ferroviarias que concedieran rebajas discriminatoriamente a ciertos cargadores, transportistas o expedidores de mercancías.

De la Department of and Labor Act de 14 de febrero de 1903 ( 32 U.S. Statute 827, 57<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session), suscitada por una proposición de Ley del Senador NELSON (diciembre de 1901), lo que nos importa subrayar es que en el transcurso de su tramitación parlamentaria se introdujeron enmiendas que sugerían, dentro del nuevo Departamento Ministerial de Comercio y Trabajo, la creación de una Oficina de Sociedades (Bureau of Corporations), y que entre ellas prevaleció la del propio NELSON por la que en el artículo se instituía no sólo la oficina de referencia, sino también el cargo de Comisario de Sociedades (Commissioner of Corporations), por libre desig-

( 48) "Messages and Papers of the Presidents", tomo 16, páginas 7421-7422, citado por DAVID D. MARTIN, "La empresa en un sistema de competencia, pág. 29 y nota 15 al pie de ella.

nación del Presidente y se asignaban al nuevo ente las funciones de investigar la organización, comportamiento y ejercicio de toda sociedad que comerciara entre distintos Estados, con excepción de las ferroviarias, y de reunir toda la información necesaria al Presidente para hacer recomendaciones al Congreso sobre la regulación legislativa de los sectores económicos en que operasen las compañías. Igualmente se disponía que con periodicidad se hiciese pública la información así recogida o, por lo menos, la parte que el Presidente determinase.

Como acertadamente ha indicado algún autor ( 49), la creación de la Oficina de Sociedades constituía una concepción nueva del problema de los "trusts", pues implícitamente reconocía que los consorcios industriales eran inevitables, a pesar de las prohibiciones radicales de la Ley. Fijémonos, además, en que la entidad establecida no se llamaba Oficina de Trusts u Oficina de Consorcios, sino precisamente Oficina de Sociedades, con lo cual se cargaba el acento sobre las propias instituciones empresariales y los centros protagonistas de la vida económica, más que sobre los pactos o convenios entre ellas. En cuanto al propósito de la Ley, según los objetivos concebidos por el Congreso, consistía en que por la acción combinada de la nueva Oficina con su información periódica, y de la opinión pública, se contuvieron psicológicamente, indirectamente, los abusos del poder societario. En honor a la verdad, señalemos que si bien la labor de la Oficina en doce años de existencia (1903-1914) tuvo contenido restricto, fueron en cambio tan eficaces las investigaciones sobre los sectores petrolíferos, tabaquero y de maquinaria agrícola, que abocaron a la instrucción de sendas demandas gubernamentales ante la jurisdicción antitrust.

Ahora bien, el episodio más espectacular y a la vez determinante de la ofensiva rooseveltiana fue el célebre liti-

---

( 49 ) Cfr. Por ejemplo, DAVID D. MARTIN, op. cit., pág. 21.



gio de la "Northern Securities Co." que puso fin a una de las operaciones más resonantes del joven capitalismo americano, y que, sobre todo, significó la primera victoria apreciable de la Ley SHERMAN. Así como el caso KNIGHT había sido el Guadalete de la jurisprudencia antitrust, el asunto NORTHERN SECURITIES fué una especie de Covadonga.

En cumplimiento de la política anunciada en su mensaje al Congreso de diciembre de 1901, el Presidente dió instrucciones a su Fiscal General, PHILANDER C. KNOX, para que procediera con energía y, efectivamente, el 10 de marzo de 1902 el Departamento de Justicia entablaba demanda de equidad ante el Tribunal de Circuito de Minnesota contra la Northern Securities y, además, la Great Northern Railway Company, la Northern Pacific Railway Company y varios individuos asociados a una o varias de esas compañías, especialmente JAMES J. HILL, GEORGE F. BAKER y, sobre todo, el rey de las finanzas J. PIER PONT MORGAN.

Desde hacía años reñíase una batalla tan encarnizada como indecisa entre dos magnates ferroviarios, HARRIMAN Y HILL, por el dominio monopolístico del transporte en todo el Noroeste, la cual abocó a una puja bursátil en abril de 1901 (50). Varios meses transcurrieron sin que ninguno de los dos lograra imponerse, hasta que, por sugestión y arbitraje de MORGAN, se formó como compañía holding, la segunda del país inmediatamente después de la UNITED STATES; una colosal organización con el nombre NORTHERN SECURITIES COMPANY, a la cual se transfirió la mayoría de las acciones de la Northern Pacific (Hill) y de la Great Northern (Harriman), en términos que prácticamente ponían bajo dirección única todo el sistema ferroviario del Noroeste, entre los Grandes Lagos y la costa del Pacífico.

Basada en los artículos 1º y 2º de la Ley SHERMAN, alegaba la demanda que se trataba de una "combination" claramente (50) Cfr. HAROLD U. FAULKNER, op. cit., pag. 688, in fine y nota 3.

inspirada en el designio de restringir la competencia, y pedía al Tribunal un acuerdo (decree) que prohibiese a la Securities Co. gravitar (control) sobre los actos societarios de las compañías de referencia. El Tribunal de Circuito declaró ilegal la combinación por sentencia de 9 de abril de 1903, y dictó sentencia que vedaba a la Northern Securities adquirir más acciones de las dos entidades, así como ejercer el derecho de voto relativo a la parte de capital que ya poseía. El Tribunal permitía, por otra parte, a la Securities Co. que cediese a los accionistas de las compañías los paquetes que poseía. De acuerdo con la recién promulgada Expediting Act, el Fiscal General había declarado que el litigio era de "gran interés público" (great public importance), por lo que la apelación se elevó directamente al Tribunal Supremo, el cual por sentencia de 14 de marzo de 1904 confirmó, el fallo, si bien por un solo voto de mayoría.

Los considerandos fundamentales eran tres: primero, que "si bien... la Ley antitrust no contiene referencia a la simple elaboración (manufacture) o producción de artículos o productos entre los límites de los diversos Estados, abarca y declara ilegal todo contrato, agrupación o colusión, cualquiera que sea su forma, .... que directa o necesariamente actúe en restricción del comercio o tráfico entre los distintos Estados o con naciones extranjeras", con lo que incidentalmente se abandonaba el distinguo especioso del fallo KNIGHT entre actividades manufactureras y actividades comerciales; en segundo lugar, que la Ley no se limitaba a las restricciones "injustificadas por su naturaleza", sino que abarcaba "toda restricción directa impuesta por cualquier agrupación, colusión o monopolio", y, por último, que los transportistas ferroviarios dedicados al comercio interestatal o internacional quedaban bajo el ámbito de la Ley. También merece mención el considerando que

a                      acción de la índole proscrita

por la Ley del Congreso, no hace falta demostrar que esa agrupación ..., aboque a una total supresión del comercio ..., sino que es simplemente esencial probar que su propio funcionamiento tiende necesariamente a restringir el comercio..... interestatal o a crear un monopolio en ese tráfico o sector del comercio y a privar al público de las ventajas que derivan de la libre competencia", y por último recordemos que, según el ponente HARLAN, el principal, si no único, objeto" de la operación de la entidad había sido eliminar la competencia entre las entidades fundadoras ( 51).

Ahora bien, lo decisivo, lo trascendental, de la sentencia NORTHERN SECURITIES, citada hoy como una de las columnas miliarias de la jurisprudencia antitrust, es que acabó con la supuesta inmunidad jurídica de la holding company en cuanto fórmula de concentración y aventó las esperanzas de quienes creían haber hallado en ella remedio a la proscripción del trust. Como apuntan los dos mejores especialistas americanos de estas entidades, BONBRIGHT y MEANS ( 52): "El fallo del Tribunal Supremo en el caso Northern Securities puso freno momentáneo al empleo de la holding company. En virtud de este pronunciamiento, el Tribunal canceló el uso de la holding company como medio legal para mantener un monopolio".

Animada por el éxito, la Administración Roosevelt prosiguió su campaña y al poco tiempo el lenguaje popular acuñó para los funcionarios del Departamento de Justicia el gráfico apelativo de "reventadores de trusts" (the trust-busters). Sin embargo, si el movimiento aglutinador amainó en 1905 y 1906, no fue, en realidad, por la acción de la División Antitrust, sino porque las sociedades principales necesitaban una pausa de respiro después del período de absorciones y fusiones de 1897 a 1904, amén de la prosperidad experimentada por el cli-

(51) Ver HANS B. THORELLI, "The Federal Antitrust Policy", páginas 470-475.

(52) Op. cit., pág. 7.

determinado fundamentalmente por el exceso de pulsación y el arbitramento especulativo, contribuyó a la aceleración de la tendencia. Se hundieron pequeños especuladores cuyos paquetes fueron a manos de las sociedades dominantes. El ejemplo más notorio se concretó en la compra de la Tennessee Coal, Iron and Railroad Company por la United States Steel Corporation. Prueba de que ROOSEVELT no se proponía actuar contra toda concentración por sistema, es la respuesta que dio a una delegación del grupo MORGAN que había ido a consultarle si tenía inconveniente en que se efectuara la operación: "No me creo ligado por deber público alguno... a poner objeciones" (53).

La concentración más importante fue aquellos años la constitución, también en forma de holding, pero sin designios monopolísticos, de la General Motors Company (1908). Por lo demás, en los años siguientes se siguió utilizando la fórmula holding, y en la actualidad muchas de las mayores sociedades norteamericanas continúan acogidas a ella.

Después del caso Northern Securities, parecía, al menos en un plano estrictamente legal, que sólo la "community of interest", o sea, la propiedad de una parte dominante del capital en varias sociedades, y la fusión completa y formal escapaban al ordenamiento antitrust. Así lo creyeron, por ejemplo, los directivos del monopolio tabaquero, que acordaron en octubre de 1904 refundir en una sola corporación, bajo el título de American Tobacco Company, a la entidad matriz, la cual, fundada en 1890 con el mismo nombre por fusión también de varias firmas elaboradoras, actuaba como típica holding, y a sus mayores filiales, Continental Tobacco Company, fundada en 1898 y Consolidated Tobacco, constituida en 1901. BRUCE WYMAN, catedrático de Derecho y lector de Economía en Harvard, resumía correctamente la situación al escribir en 1911: "En estos úl-

timos tiempos se ha reconocido que existía un camino más seguro, con tal que se resolviese seguirlo. La forma convencional entre los abogados en los años recientes para efectuar una fusión (consolidation) de participaciones (interests) consiste en formar una corporación gigante única, destinada a adquirir por compra todas las empresas (concerns) que se pretende reunir" ( 54).

Sin embargo, como veremos en el apartado siguiente, pronto iban directivos y asesores de la flamante American Tobacco, y con ellos la generalidad de los consorcios dominantes, a comprobar que tampoco la fusión era inexpugnable para los ejecutores del derecho antimonopolio.

c' - El punto de inflexión de la Ley SHERMAN: los casos Standard Oil y American Tobacco.

Todavía bajo la presidencia de ROOSEVELT, en 1907, se iniciaron por la Administración federal, mediante sendas demandas de "equidad" (suits in equity), los dos procesos más resonantes hasta entonces en el marco del ordenamiento antitrust, si bien no fueron fallados hasta 1911, siendo ya Presidente WILLIAM H. TAFT. Expongámoslos, pues, con detalle, a partir del de la Standard Oil, primero en resolverse.

No hay por qué extenderse sobre los orígenes del gigantesco imperio petrolífero forjado por JOHN DAVID ROCKEFELLER concebido en 1867, tanto más cuanto que ya se han reseñado sus más salientes incidencias judiciales, concretamente la sentencia de los Tribunales de Ohio que disolvió (1892) el convenio constitutivo de la Standard Oil Trust y dividió la organización en veinte compañías, las cuales, como era de temer, actuaron desde el primer momento en pleno concierto.

---

(54.) "Control of the market: a legal solution of the trust problem" (Nueva York, Moffat, Yard and Company, pág. 160), citado por DAVID D. MARTIN, op. cit., página 15 y nota 44.

En noviembre de 1897, el Fiscal General de Ohio (55) entablo acusación criminal contra los directivos de la Standard Oil Company por desacato (contempt), bajo el cargo de que no habían procedido a cumplir "de 'buena fe" (in good faith) el auto de disolución (56). Frente al nuevo peligro, ROCKEFELLER obró con rapidez y habilidad. Entre las empresas del grupo figuraba la Standard Oil, de Nueva Jersey, con un capital de 10 millones de dólares, y conforme a la Ley de Sociedades del Estado de referencia, varias veces citada (1887), obtuvo autorización de la Asamblea Legislativa para que la entidad, además de aplicarse a sus fines estatutarios, que eran la extracción, refino y comercio del petróleo, pudiera disponer de una cartera de valores. En otras palabras, se modificó la carta fundacional (the charter) en el sentido de que la Standard Oil tuviese la facultad de adquirir títulos de otras sociedades, e inmediatamente se transfirieron a sus manos las acciones de las demás compañías del grupo Standard, y así quedaba constituida rápidamente y a mínimo coste la más gigantesca holding de la época. El capital de la sociedad fue incrementado en 100 millones de dólares y los títulos correspondientes se canjearon por las acciones de las compañías que antes controlara el Consejo del trust, mientras que los antiguos trustees o fideicomisarios eran nombrados consejeros de la nueva entidad. En los años siguientes, el grupo siguió expandiéndose y, sobre todo, utilizando métodos ilegales y, en cualquier caso, desleales en su competencia a los demás productores y refinadores de petróleo.

Gracias a las sistemáticas investigaciones de la Oficina de Sociedades, el Departamento de Justicia dispuso muy pronto de pruebas abundantes y en 1906 incoaba ante un Tribunal Federal de Missouri una demanda fundada en que la Standard Oil,

---

(55) Cfr. BONBRIGHT y MEANS, "The holding Company", pág. 69, ad notam.

(56.) Según el Fiscal General, los directivos no ejercían presión alguna sobre los pequeños poseedores de certificados para que los canjearan por títulos de las sociedades componentes.

de Nueva Jersey, dominaba más del 75 por 100 del mercado nacional de petróleo, situación a la que no había llegado por un simple proceso natural de crecimiento, sino en virtud de un designio preconcebido y metódicamente ejecutado de "monopolizar" la producción, distribución y refino mediante la absorción de competidores; en segundo término, en que este plan de acaparamiento del mercado se había consumado por la obtención de tarifas ferroviarias discriminatoriamente bajas, el soborno de empleados de las empresas rivales, la negación a los demás productores del transporte de su petróleo por los oleoductos que poseían las filiales del complejo, la baja de precios en ciertas zonas para desbancar a determinados competidores, etc. (57). Hechos todos que constituían, según la Administración federal, supuestos claros, tanto de "restricción de la competencia" como de "monopolio o intento de monopolizar".

El Tribunal de Circuito estimó la acusación y dispuso la disolución de un grupo que, a su parecer, había incurrido en los dos tipos de violaciones. Apeló la Standard Oil, y tras largas vicisitudes, el Tribunal Supremo dictó, por mayoría, sentencia (58) por la que, a pesar de reservas de matiz, confirmaba el pronunciamiento del Tribunal a quo, y por consiguiente se reiteraba a los apelantes la orden de disolverse (decree of dissolution). Efectivamente, el grupo tuvo que distribuir entre los accionistas sus participaciones en treinta y tres sociedades.

Por lo que atañe al objeto estricto de nuestra exposición, importa subrayar que tanto el Tribunal de Circuito como el Supremo calificaron como prueba de restricción de la competencia y, a la vez, intento de monopolio la adquisición sistemática del capital-acciones de diferentes compañías.

---

(57) Cfr. RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", páginas 86-89.

(58) Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

Así, el Supremo decía en uno de sus considerandos (.59): "... el tribunal inferior sostuvo que los actos y tratos ~~demostrados~~ por las pruebas actuaron en el sentido de destruir "la potencialidad de la competencia" que, de otro modo, habría existido, hasta el punto de hacer que las transferencias de títulos efectuadas a la sociedad de Nueva Jersey y el dominio consiguiente sobre las muchas y diversas entidades filiales constituyeran una agrupación o colusión restrictiva del comercio, con infracción del artículo 1º de la Ley y, además, una tentativa de monopolizar y una formación monopolística (monopolization) que provocaba una violación permanente del artículo 2º". A renglón seguido, comentaba: "No vemos razón alguna para dudar del acierto de estas conclusiones".

En el considerando siguiente se afirmaba que "la unificación de poder y dominio sobre el petróleo y sus productos, resultado inevitable de la integración en el seno de la sociedad de Nueva Jersey por el aumento de su capital y la transmisión a ella de los títulos de tantas otras compañías, que sumaban un capital societario tan elevado, suscita de por sí, a falta de circunstancias compensadoras, cuando menos la presunción (prima facie presumption) de un intento y ~~designio~~ de mantener el predominio sobre la industria petrolífera ..... a fin de acumular un poder mayor que el que habría surgido de haberse empleado procedimientos regulares...".

Los pasajes transcritos significaban la confirmación de la jurisprudencia iniciada por el caso Northern Securities, a saber, la impugnabilidad de la sociedad holding como instrumento concentrador, confirmación asentada definitivamente por el desenlace del asunto American Tobacco Co., que se examina seguidamente.

El 19 de julio de 1907 el Departamento Federal de Justicia interpuso demanda ante el Tribunal de Circuito del

---

(59) Cfr. IRWIN M. STELZER, "Selected Antitrust Cases", edición revisada, Homewood (Illinois), 1961, Richard D. Irwin, Inc., páginas 6-7.



... de Nueva York, por presunta infracción de los dos primeros artículos de la Ley SHERMAN, contra veintinueve personas individuales, sesenta y cinco sociedades norteamericanas, en su mayoría constituidas en el Estado de Nueva Jersey conforme a la repetida Ley de Sociedades de 1877, y dos compañías británicas, la Imperial Tobacco Company y la British-American Tobacco Company. La principal acusada era la American Tobacco Company, de Nueva Jersey, y a su lado, como colaboradoras directas, (accessory corporations), otras cinco sociedades, también de Nueva Jersey; American Snuff, American Cigar, American Stogie, McAndrews & Forbes y la Conley Foil Company. Las cincuenta y nueve entidades restantes eran filiales directas de la American Tobacco o de una de las otras cinco. La acusación se basaba, por una parte, en la naturaleza y carácter de la firma dominante, y por otra, en el poder decisivo que ejercía sobre las cinco adláteres por medio de fuertes participaciones de capital, y los cargos contra éstas derivaban tanto de su carácter y naturaleza como del influjo dominante que ejercían, también por participaciones accionarias, en el enjambre de filiales y subfiliales. Finalmente, a las últimas se las acusaba, bien por su naturaleza comercial, bien por el dominio a que estaban sujetas en virtud de las participaciones de referencia. En cuanto a la Imperial Tobacco, se le reprochaba la firma de diversos convenios con American Tobacco sobre fijación de precios y reparto de mercados, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos, y a la British-American Tobacco, creada de consuno por la American y la Imperial, un papel de instrumento orgánico de ejecución de los convenios. El acta de acusación formulaba nueve pedimentos, de los que sólo nos interesan el quinto y el sexto. En el quinto se solicitaba del Tribunal que tanto la American como sus cinco principales auxiliares fuesen declaradas agrupaciones "restrictivas del comercio interestatal y

extranjero", y culpables no sólo de intento de monopolio, sino de haber monopolizado, efectivamente, una parte importante del comercio del tabaco, y que, en consecuencia, se les prohibiera traficar entre distintos Estados o con el Extranjero, a menos que se designaran unos comisarios liquidadores (receivers) si el Tribunal lo prefería, los cuales tomarían posesión de todo el patrimonio y conjunto de los negocios, para distribuirlo una vez disueltas las entidades acusadas. El pedimento sexto solicitaba se declarase ilegal la posesión por cada una de las compañías demandadas de títulos de otra cualquiera de ellas, y se vedara a todas la posesión en el futuro de acciones de otras del grupo y el ejercicio de los derechos correspondientes.

En sentencia de diciembre de 1908, el Tribunal estimó parcialmente las pretensiones de la Administración, pues condenaba a las seis firmas directoras, si bien únicamente por concepto del artículo primero, no como monopolistas, prohibiéndolas que siguieran "dedicándose directa o indirectamente al comercio y tráfico interestatal o exterior de tabaco en rama o de los productos elaborados a partir de él", aunque al final se atenuaba el rigor del fallo, mediante la autorización a las sociedades para que solicitaran del Tribunal la enmienda, suspensión o anulación del auto si en un momento dado eran capaces de probar el restablecimiento de un clima de competencia en el mercado (restoration of reasonably competitive conditions). Se vedaba, además, a la American Tobacco, y a American Cigar, American Snuff, P. Lorillard, R.J. Reynolds Tobacco, Blackwell's Durham Tobacco y Conley Foil, así como a sus dirigentes, agentes, empleados y servidores la compra de las instalaciones de cualquiera de las sociedades en cuyo capital participaban, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a esas participaciones, y toda facultad de control, dirección, supervisión o interferen-

cia en las decisiones de las participadas. Se desestimaba, en cambio, la demanda contra las dos firmas británicas, tres de las filiales, la United Cigar Stores Company y todas las personas físicas acusadas.

Tanto el Gobierno como los demandados apelaron el fallo que, en virtud de la Expediting Act de 1903, pasó directamente al Supremo. El gobierno insistía en que debían ser condenadas las dos sociedades británicas y las veintinueve personas absueltas, y reiteraba la acusación de que los demandados habían tratado de monopolizar y de hecho habían monopolizado "una parte del comercio interestatal y extranjero". Por fin, sostenía que el fallo recurrido habría debido prohibir a las sociedades participantes en el capital de otras la cobranza de los dividendos correspondientes, invocando como precedente eficaz la sentencia del Northern Securities Case. Los demandados se esforzaban en demostrar, apoyándose, naturalmente, en el caso KNIGHT y otros, que tanto la integración de varias firmas manufactureras a una nueva compañía a la que se traspasaban las fábricas de aquéllas a cambio de acciones de la última o de dinero en metálico, como la compra por una sociedad cualquiera de las instalaciones o del capital de una firma competidora, eran operaciones ajenas al ámbito de la Ley SHERMAN, pues no constituían actos comerciales ni tampoco práctica de índole restrictiva a tenor del Derecho Común tradicional. Por otra parte, argüían que la compra del negocio de una firma rival no podía considerarse intento de monopolio, ya que no impedía la entrada de terceros en el mercado, y que esta clase de contrato había sido aceptada y declarada válida por el Supremo en numerosos litigios.

En su sentencia de 29 de mayo de 1911, redactada por el Presidente WHITE, el Tribunal Supremo analizaba minuciosamente, en primer lugar, la historia del grupo y las adquisiciones y compras de empresas efectuadas por la American Tobacco

ciones que poseían una y otras en las restantes entidades. Las operaciones habían sido tanto de orden horizontal, o sea, relativas a productores de cigarros o cigarrillos, como de sentido vertical, concretamente de fabricantes de maquinaria de elaboración de cigarrillos o de papel de fumar o de papel hojalata para envasar, o de empresas distribuidoras del producto manufacturado (60). De estos "hechos indiscutidos", que databan de la fundación de la American Tobacco Company, en 1890, mediante la fusión formal de cinco casas fabricantes de cigarros y cigarrillos, infería el Tribunal que se trataba de un consorcio claramente ilegal no sólo por el concepto de "restricción de la competencia", sino también por el de "intento de monopolio", así como por el de monopolio efectivo. Concretamente, se enumeraban cinco observaciones condenatorias: primera, la organización originaria, o sea, la fusión de 1890, ya fue provocada por una guerra comercial encarnizada entre los mismos que se agruparon; segunda, la comisión, inmediata a esa agrupación y al subsiguiente aumento de capital de una serie de actos por los que deducía que el nuevo ente tenía carácter de instrumento de ampliación del monopolio por medio de luchas comerciales con las que procuraba eliminar rivales o constreñirles a entrar en pactos restrictivos de la competencia; tercera, el mismo hecho de que la forma jurídica y orgánica de las sucesivas agrupaciones y consorcios se metamorfoseara variando de vestiduras, mientras que el resultado era inalterablemente la supresión o neutralización de competidores, demostraba crudamente el objetivo de los dirigentes del grupo; cuarta, la absorción gradual del dominio sobre to-

---

(60) El número de registro del caso es 221 U.S. 106 (1911), y el texto completo de la sentencia del Supremo se puede leer en "Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate", págs. 681-768, publicado en 1961 por la Imprenta del Gobierno Federal para uso de los miembros del citado Comité de lo Judicial del Senado.

dos los elementos esenciales para la elaboración de productos del tabaco; y quinta, el desembolso incesante de millones y millones de dólares en la compra de fábricas rivales que, apenas adquiridas, eran cerradas de golpe.

El Tribunal condenaba, además, a las veintinueve personas individuales absueltas en primera instancia, así como a la United Cigar Stores Company, y a las compañías extranjeras. En consecuencia, se decretaba: primero, que tanto el conjunto formado por el grupo como por cada uno de sus elementos componentes, individuales o societarios, fuesen declarados autores de violación de los artículos 1º y 2º de la Ley SHERMAN; segundo, que el Tribunal inferior oyese a las partes, por el procedimiento que juzgase más oportuno, para determinar el mejor método susceptible de disolver la agrupación y crear una nueva estructura más adecuada a la Ley SHERMAN; tercero, se daba al Tribunal un plazo de seis meses, eventualmente prorrogable por sesenta días, para el procedimiento de disolución; y cuarto, si expirado el período de referencia, no se había desmantelado el grupo, debería el Tribunal ejecutar la Ley, ora mediante un interdicto (injunction) sobre la circulación entre Estados o con el Extranjero de los productos de las empresas del complejo, ora mediante el nombramiento de un comisario liquidador.

Por auto de 16 de noviembre de 1911, el Tribunal a quo decretó la disolución del complejo en términos detallados para cada uno de sus componentes.

Diversos autores han afirmado, con plástica expresión, que las sentencias de los casos Standard Oil y American Tobacco constituyeron "la pleamar" (the highwater mark) en la aplicación de la Ley SHERMAN contra las integraciones de empresas (61), pero, al mismo tiempo, consolidaron definitivamente un elemento de relativismo, y por lo tanto de incertidumbre, en la interpretación de textos que parecían tan claros

---

(61) Cfr. KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op. cit., pág. 10.

como categóricos, al declarar, sobre todo la primera, que no toda restricción de la competencia ni toda agrupación o consorcio entre empresarios competidores era per se ilícita, sino que sólo lo era, según los precedentes tradicionales del common laws, la restricción "no razonable", el concierto "no justificado", lo cual equivalía a consagrar jurídicamente el distingo rooseveltiano de los "buenos" y los "malos trusts". Esta fue la desembocadura de un proceso que, según vimos, se esbozó tímidamente con motivo de los casos Trans-Missouri Association y Addyston Pipe, y también, por cierto, en el caso Northern Securities, si bien a título incidental. Ahora bien, fue la sentencia Standard Oil el pronunciamiento que, en considerandos orgánicamente desarrollados, aunque innecesarios según determinados comentaristas (62), planteó la interrogante de si la Ley Antitrust se aplicaba a toda clase de pactos y agrupaciones restrictivas o si sólo a las "combinaciones" que, además de ser restrictivas, contrariaban al interés público. Después de analizar el Derecho Común y el contenido de los artículos 1º y 2º del texto legal con cierta prolijidad, así como las circunstancias de la economía norteamericana en 1890, al dictarse la Ley SHERMAN, llegaba el Supremo, por labios de su Presidente WHITE, a la interpretación de que, "en vista de las numerosas formas nuevas de contratos y agrupaciones que surgían de las circunstancias económicas existentes, consideró esencial el legislador asegurarse de que ninguna forma de contrato o agrupación susceptible de provocar una restricción indebida (undue restraint) del comercio extranjero o interestatal pudiese salvar de la condena a la práctica restrictiva en sí. Si se tomaba como referencia este criterio, era patente que la Ley no había tenido intención de restringir el derecho de concertar y ejecutar contratos que, ya fue-

---

(62) Entre otros, KRONSTEIN, DOMMER y MILLER, op. cit., página 66, in fine.

sen fruto de una agrupación, ya fueran de otra índole, no coartaran "indebidamente" el comercio entre Estados o con el extranjero, sino que únicamente se había propuesto proteger ese comercio de toda cortapisa impuesta por métodos que, nuevos o viejos, constituyesen una interferencia impropia".

Añadía el Supremo: "Y como los contratos o actos comprendidos en la disposición no se definían expresamente, ya que la enumeración se refería, simplemente, a categorías de actos, .... lo suficientemente amplias como para abarcar todo contrato o combinación concebible ....., si se perpetraba en sentido restrictivo del comercio, se sigue necesariamente que el precepto requería ..... se recurriese a cierto criterio (some standard)..... La Ley no especificaba, pero indudablemente preveía y exigía un criterio, de lo cual se deduce que el criterio de razón (the standard of reason)... aplicado en el Derecho Común y en este país a propósito de materias del tipo comprendido en la Ley, se había adoptado como módulo para juzgar si en un caso dado cierta acción había provocado o no el daño a que la Ley apuntaba".

El pasaje es quizás el de mayor trascendencia histórica para la jurisprudencia antitrust, ya que a él se vuelven como precedente, si no vinculante al menos inspirador, multitud de sentencias. Concretamente la de American Tobacco Co. llegaba sorprendentemente a sostener que, gracias a la solución matizada del fallo Standard Oil, se había eliminado la "oscuridad e incertidumbre resultante" de la interpretación literal, y que, contra lo que "erróneamente" habían sostenido algunos, la "regla de razón" (rule of reason) no sólo no suponía desviación respecto a la jurisprudencia anterior, sino que estaba en línea con "todas las decisiones anteriores" del

No nos proponemos enjuiciar la "regla de razón", que quizá respondiera a imperativos morales y técnicos de equidad como reacción al laconismo condenatorio de la Ley SHERMAN, pero sí nos permitimos apuntar que ha sido ella, precisamente ella, y no la aplicación mecánica del rigor legal, el germen de fluctuación e inseguridad en el enjuiciamiento de las combinaciones restrictivas y monopolísticas, como se apreciará a lo largo de los apartados venideros. En todo caso, no creemos producto de simple coincidencia el hecho de que justamente a propósito de operaciones de fusión formal o virtual se formulara la regla. Si se repasan los considerandos de los casos Knight, Northern Securities, y sobre todo, Standard Oil y American Tobacco, y se les coteja, al mismo tiempo, con las sentencias Trans-Missouri Joint Freight Association y Addyston Pipe and Steel, se aprecia claramente la inclinación, ora implícita, ora expresa, a distinguir, por un lado, las "combinations" en sentido estricto, es decir, contratos, acuerdos o agrupaciones de dos o más empresas sobre política de mercado, y por otro, los traspasos de firma o negocio mediante la absorción formal de la sociedad titular por la compradora o la venta del capital o simplemente de todos los activos físicos a la absorbente. En los casos del primer tipo, la jurisprudencia se pronunciaba siempre o casi siempre por la condena; en cambio, para los actos de integración stricto sensu, la calificación fue en general vacilante, y más bien negativa, hasta el caso Northern Securities. Era, pues, lógico y hasta obligado que la primera brecha en la muralla del ordenamiento antitrust se abriese

---

(53) Se citaba el siguiente párrafo del fallo Joint Traffic Association: "La Ley debe recibir una interpretación razonable (a reasonable construction); de lo contrario, apenas quedaría un contrato o acuerdo entre hombres de negocios del que no se pudiese decir que no tiene, directa o indirectamente, alguna repercusión en el comercio interestatal y lo restringe".



perplejidad, o sea, en las operaciones que no afectaban propiamente a la conducta de la empresa en el mercado, sino a su dimensión y estructura.

c). Consecuencias de la "regla de razón" en la aplicación de la Ley SHERMAN: la "inmunidad judicial" de grandes fusiones.

Así como políticamente el asunto Northern Securities fue el hito del ordenamiento de la competencia, así también en lo jurídico, en lo interpretativo, fueron los casos Standard Oil y American Tobacco el fin de una época y el pórtico de una era nueva. De la justicia literal y legalista, con su ventaja de certidumbre y su contrapartida de rigidez, se pasaba a la equidad matizada y casuística, con su activo de flexibilidad y su pasivo de imprecisión. Todos los autores están, al menos, de acuerdo en considerar que desde entonces se ha ido trazando una dicotomía cada vez más tajante en la jurisprudencia del Supremo: por una parte, las restricciones "injustificadas" per se (per se unreasonable restraints), y por otra, las no necesariamente injustificadas a priori (64), con la consecuencia, decisiva en términos procesales, de que las primeras son ilegales automáticamente, sin necesidad de probar sus efectos concretos sobre las transacciones del mercado ni si han lesionado o no el interés público, mientras que las segundas sólo son condenables si el demandante o acusador prueba a satisfacción del Tribunal que de hecho han coartado o restringido la competencia o las posibilidades previsibles de competencia.

Como ejemplo de violaciones per se de la Ley SHERMAN, se suelen citar tres ejemplos ya clásicos: los acuerdos

(64) Cfr., entre otros, KRONSTEIN, MITTER & DOMMER, op. cit. páginas 66-69; MARK S. MASSEL, "Competition and Monopoly, legal and economic issues", págs. 94-95, Nueva York, 1964, Doubleday & Company, Inc.

de precios (price-fixing agreements o price-rigging agreements); los boicots de tipo colectivo o concertado (group boycotts); y los pactos de reparto del mercado (division of markets) con fundamento, respectivamente, en los casos United States v. Socony Vacuum y United States v. Tranton Potteries Co.; Addyston Pipe, varias veces citado, y Fashion Originators Guild v. Federal Trade Commission ( 65 ). Como tipo, en cambio, de operaciones que sólo son ilícitas previa ponderación de sus circunstancias conforme a la "rule of reason" se cita normalmente la fusión o integración empresarial. Así, MARK S. MASSEL ( 66 ): "Para impugnar con éxito una fusión, el acusador tiene que probar la probabilidad de que la agrupación reducirá sustancialmente la competencia en el mercado", si bien es, a nuestro juicio, decisiva, por proceder de una fuente oficial, la interpretación de la Federal Trade Commission en un informe de 1948: "Bajo la Ley SHERMAN, una adquisición es ilegal si crea un monopolio o constituye una tentativa de monopolizar" ( 67 ).

Naturalmente, la práctica no responde en medida exacta al esquema esbozado. Muchas transgresiones presuntamente per se necesitan una prueba circunstanciada que implica un análisis profundo del mercado, y numerosos tipos de violaciones matizadas por la "regla de razón" pueden demostrarse con el dato elemental de que el negocio de la empresa acusada constituye parte "sustancial" del mercado. Esto significa que si bien una fusión no es una transgresión absoluta de la Ley SHERMAN, sino sólo un acto impugnabile a la luz de sus circunstancias concretas, una operación integradora que visiblemente abocase al monopolio o a una reducción notable del

---

( 65 ) Cfr. KRONSTEIN, DOMMER & MILLER, op. cit. págs. 69-79, donde se hace una exposición detallada de los cuatro asuntos. Ver también, IRWIN M. STELZER, "Selected Antitrust Cases", páginas 120-126, 113-115 y 112-113, respectivamente, para los tres citados en primer lugar.

( 66 ) "Competition and Monopoly", página 94.

( 67 ) "The merger movement: a summary report", 9 (1948), cit. por KRONSTEIN, DOMMER & MILLER, op. cit., en el texto y en la nota 5.

grado de competencia en un sector, dispensaría a la Administración demandante de la necesidad de probar los efectos perjudiciales en el desarrollo futuro de los negocios.

Al margen de las consideraciones que anteceden, forzoso es reconocer que la "rule of reason" fue, en cierto modo, el botón en el florete de la Ley SHERMAN, y la gran responsable de que diversos gigantes de la industria, como U.S. Steel, International Harvester y otros, escapasen al desmembramiento que pretendía la División Antitrust. Más adelante se expondrán dos casos resonantes, el uno, a raíz de la Primera Guerra Mundial, y el otro, poco después de la Segunda, como pruebas de la impotencia del texto fundador del derecho de la competencia contra las fusiones ( 68).

Es ya lugar común afirmar que el texto decano de los ordenamientos antitrust ha sido inútil, por la inoperancia de su aplicación administrativa y judicial, pues no ha servido para frenar las periódicas oleadas de movimientos concentradores que han asaltado a la estructura capitalista, y el big business es cada vez más poderoso y arrogante. En honor a la verdad, el grado de concentración de la economía americana se ha incrementado apreciablemente desde 1890 acá, pero no en los términos apocalípticos que muchos imaginaban. En este mismo capítulo se ha señalado cómo los Tribunales y la Administración federal no pudieron, o más bien no quisieron, atajar algunas de las operaciones más espectaculares en punto a integración empresarial. Ahora bien, un resumen objetivo de los acontecimientos expuestos nos mueve a matizar las conclusiones, como veremos en los próximos párrafos.

En primer lugar, es indiscutible que bajo la vigencia de la Ley SHERMAN se desarrolló el mayor ciclo de integración empresarial conocido en la Historia, con la única excepción, si acaso, de las concentraciones de forma mixta o "conglomerate mergers" de la época actual. Ahora bien, era lógico,

como se indicó, que un texto nuevo topara con la resistencia ambiente y difusa de una Administración mal preparada material y psicológicamente y de una jurisprudencia inclinada al conservadurismo inhibicionista y la interpretación restrictiva. Había que vencer hábitos y reflejos mentales de pereza y rutina, compromisos políticos, deficiencias técnicas y administrativas, etc. Sin embargo, cuantos denuncian la ineficacia del ordenamiento, le rinden homenaje inconsciente, al indicar, por ejemplo, que la sentencia del Supremo en el caso KNIGHT contribuyó a desencadenar el alud de amalgamas y absorciones de 1897 a 1903, sugiriendo así que, probablemente, no habría sido tan vasto el movimiento si el máximo Tribunal hubiese anulado la operación.

En segundo lugar, bastó, como hemos visto, la política firme y resuelta de ROOSEVELT y su sucesor TAFT para que una disposición que arriesgaba descrédito lograra contener, siquiera temporalmente, el avance arrollador de las firmas dominantes. Los asuntos NORTHERN SECURITIES, STANDARD OIL y AMERICAN TOBACCO CO. fueron un freno, si no de la concentración, al menos de la monopolización de sectores vitales, y sobre todo, golpes tan desconcertantes como inesperados para una minoría prepotente que no había sentido aún el peso de la ley. Bien es verdad que tanto la American Tobacco como la Standard Oil se reconstituyeron al cabo de pocos años y que también las compañías ferroviarias protagonistas del asunto KNIGHT lograron vincularse estrechamente, pero lo decisivo es que los gigantes, como el ejército napoleónico a partir de Bailén, dejaron de ser invulnerables. Muchos argumentan que alguno (la Standard Oil Co.) había empezado a perder terreno en el mercado al dictarse la sentencia disolutiva, por la aparición de nuevos rivales, y que, por consiguiente, el pronunciamiento judicial no tuvo la trascendencia proclamada por los defen-

la ob'e i'n no conven e

entre otras razones, porque, precisamente, la aplicación energética del derecho legislado creó un clima de aliento y confianza para que se lanzaran a la competencia empresas dinámicas dispuestas a desafiar a los presuntos monopolistas.

Se ha sostenido, incluso en fuentes oficiales ( 69), que la Ley SHERMAN ha sido incapaz de alterar las estructuras monopolísticas o, cuando menos, oligopolísticas de la economía norteamericana, a lo cual respondemos que la acusación es, por un lado, improcedente y, por otro, exagerada. Aquello porque, en definitiva, el ordenamiento jurídico no puede por sí solo modelar o modificar formas orgánicas que dependen de tendencias inherentes, hasta cierto punto, a la dinámica del capitalismo y a la evolución técnica; lo segundo, porque es inconcuso, según demuestra el temor de las grandes firmas americanas a eventuales diligencias del Departamento de Justicia con ocasión de concentraciones de cierta envergadura, que la Ley SHERMAN reduce, suaviza, atenúa el ritmo del proceso aglutinador. Por el contrario, cabe la pregunta de si no se habría consumado ese movimiento no pendiendo la espada de la Justicia Federal como última ratio sobre los consorcios. Hay, lamentablemente, una parte de verdad en la acusación, pero deducir la absoluta esterilidad del texto antitrust es tan ilógico y desconsecuente como argüir que por ser Norteamérica la nación de mayor índice de violencia y criminalidad, su policía es totalmente inoperante y no tiene razón de existir.

Por lo que toca al objeto estricto de este trabajo, subrayemos que el decano de los sistemas legales de defensa de la competencia tuvo el mérito de abrir la posibilidad, siquiera teórica, de impugnar judicialmente toda forma o manifestación

---

( 69) Así, el Informe de la Subcomisión del Monopolios del Comité del Senado para las grandes empresas, elaborado en 1946 con el título "The United States versus Economic Concentration and Monopoly", decía no sin plasticidad que el cumplimiento de la Ley SHERMAN había sido en gran medida algo parecido al guardia que se pone a mirar para el otro lado (a matter of a policeman looking the other way) cuando ve cometer un delito (cit. por RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", pág. 83, in fine y nota 16).

de signo concentrador, y que en sus cinco lustros de apertura fueron perdiendo una tras otra su presunta inmunidad a la condena judicial todas las fórmulas imaginables: trusts, holdings, fusiones y absorciones "materiales", incluso fusiones formales. La única excepción notable fue, en cierto modo, la "community of interests", como lo demuestra el hecho de que en 1913 el Tribunal Supremo desestimara una demanda criminal contra el individuo y organizador de la agrupación gestora de la constitución de la United Shoe Machinery, y aún así la absolución no se basó en que la figura de la propiedad simultánea de acciones en varias empresas competidoras estuviese per se exenta de la Ley antitrust, sino en que el propósito de la "combination" había sido más bien incrementar el rendimiento que eliminar la competencia (70), con lo cual se reconocía tácitamente la posibilidad de condenar ese tipo de operación por restricción ilícita o por intento de monopolio.

Ahora bien, la enseñanza del estudio que antecede es que, si bien la Ley creaba la posibilidad teórica de impugnar los distintos supuestos de concentración, la jurisprudencia se resistía, salvo en casos extremos rodeados de una publicidad apasionada, a declarar la ilegalidad. Aún así, las relativamente escasas condenas disolutorias dictadas sobre la materia se fundaban no en el hecho de la integración, sino en todo el historial de las empresas protagonistas en su cuadro clínico-legal, por así decir, a lo largo de años y décadas (71). Por eso, la opinión pedía una nueva legislación específicamente prohibitiva contra determinadas prácticas que da-

---

(70) United States v. Winslow, 227 U.S. 202 (1913). Cit. por DAVID DALE MARTIN, op. cit., pág. 16, y nota 49.

(71.) Como observa atinadamente DAVID D. MARTIN a propósito de los litigios ventilados antes de 1914 con ocasión de operaciones concentradoras, "en ninguno de estos casos enjuiciaron los Tribunales la legalidad de una adquisición de activos o de capital como rasgo aislado" (op. cit., página 16).

ban a las empresas dominantes ancho margen para evitar toda competencia y adquirir potencia monopolística. No era suficiente que TAFT guerrease contra los consorcios y grupos con más energía aún que ROOSEVELT, y que el Senado tomara declaración a centenares de hombres de negocios, incluso JOHN P. MORGAN; se exigían medidas concretas y eficaces. De ahí que durante la campaña electoral de 1912, que dio la victoria a WOODROW WILSON, anunciaran todos los partidos su intención de modificar o reforzar el ordenamiento legal de 1890.

No es que la Ley SHERMAN sea ni mucho menos letra muerta. Todavía desempeña un papel importante en la armería antitrust, y continúa siendo el principal texto penal en la materia, pero su contribución al combate contra el exceso de concentración es escasa, por haber asumido esta misión el artículo 7º de la Ley CLAYTON de 1914, así como también, en lo procesal y administrativo, la Ley de la Comisión Federal de Comercio, promulgada el mismo año.

#### 5.- La Ley CLAYTON de 1914: el principio de la prohibición específica.-

Se ha especulado abundantemente sobre la naturaleza de las dos leyes elaboradas bajo la administración WILSON: sostienen unos que introdujeron cambios sustanciales en el sistema de la Ley SHERMAN; otros, la mayoría, puntualizan que se trataba simplemente de completar la Ley, de suplementarla, no de sustituirla. Esta opinión es la más atinada a la vista del contenido de la Ley CLAYTON, que consiste básicamente en prohibir cuatro tipos de prácticas en determinadas hipótesis: precios discriminatorios (artº 2º), contratos de exclusiva (artº 3º), absorciones y participaciones societarias (artº 7º) y consejeros comunes (artº 8º), descritas con todo detalle, y de las que sólo nos interesan la tercera y, en menor medida, la cuarta. Lo mismo cabe decir de la Ley de

Analizamos sucesivamente antecedentes, contenido y resultados de la Ley CLAYTON en materia de concentración y hacemos seguidamente sucinta referencia a la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

a). Antecedentes inmediatos: propuestas de regulación legal de las corporaciones principales.

Tres fueron fundamentalmente los cauces político-institucionales por donde discurrió a comienzos de la segunda década del siglo la corriente reformista: La Oficina de Corporaciones, los distintos proyectos o proposiciones de Ley presentados al Congreso y la campaña electoral de 1912.

a' - Las recomendaciones de la Oficina de Sociedades.- Hasta 1913 los informes de la Oficina traslucían la creencia en resolver los problemas de regulación pública de las grandes firmas mediante una publicidad adecuada de las operaciones societarias, por lo que no se pensó en modificar la Ley en materia de concentraciones. Sin embargo, sí se habían formulado propuestas de legislación adicional para montar un órgano especial con poderes suficientes para extender las actividades de la Oficina a todas las compañías "interestatales" (p. ej.: informe del Comisario HERBERT KNOX SMITH en 1907, y el de OSCAR S. STRAUSS, Secretario de Comercio y Trabajo al año siguiente).

Las primeras memorias del Secretario de Comercio y del Comisario de Sociedades (Commissioner of Corporations) bajo la nueva administración demócrata reflejaban un marcado cambio de actitud. Así, en 1913 el Secretario de Comercio, WILLIAM C. REDFIELD, no sólo proponía, como sus predecesores, que las sociedades traficantes entre Estados quedaran sometidas a una dependencia del Gobierno, sino que sugería ciertas modificaciones en el ordenamiento antitrust, por ejemplo,



en compañías competidoras, y que ni una persona ni una corporación tuviese, al mismo tiempo, participación dominante (controlling interest) en dos o más entes competidores, o que los dirigentes de sociedades no estuvieran conectados (affiliated) directa o indirectamente mediante el desempeño de cargo en otras compañías. Las mismas ideas expresaba en su Memoria el Comisario JOSEPH E. DAVIES.

b' - Propuestas legislativas de restricción de agrupaciones.- Ya en un mensaje al Congreso en 1911, el Presidente TAFT insistió en postular nuevas leyes que previesen la constitución voluntaria, con arreglo a unos Estatutos o Carta federal, para las sociedades que se dedicasen al comercio entre distintos Estados o con el Extranjero, y prohibiesen a las entidades organizadas conforme a esa Carta la adquisición o tenencia de acciones en otra, fuesen o no competidoras, sin aprobación de un departamento federal. No se sugería, en cambio, el veto a las fusiones ni a las compras de activos fabriles porque TAFT creía que bastaba la Ley SHERMAN para impedir la formación de monopolios.

En 1912, el Senador JOHN SHARP WILLIAMS propuso un proyecto de Ley por el que se especificaban determinados requisitos para que una compañía gozara del privilegio de negociar en el ámbito interestatal, entre ellos no poseer capital de ninguna otra corporación y que el capital propio no estuviese tampoco en manos de otro ente, pero no se aludía siquiera al supuesto de la fusión o de la adquisición de activos físicos. En la misma legislatura, el senador ALBERT B. CUMMINS formuló una proposición de Ley por la que se prohibía ejercer el comercio entre distintos Estados a toda compañía entre cuyos directivos figurasen personas que fueran a la vez directores o altos funcionarios de otra sociedad dedicada a negocio "del mismo carácter general". Se vedaba tam-

bién la participación de entidades en el capital de otras y la posesión por una misma persona (community of interest) de más del diez por ciento del capital de dos compañías que compitiesen en el marco interestatal. Incluso se restringían las fusiones y las compras de activos, así como el crecimiento "interno" de las firmas, y hasta se prohibía que una corporación se dedicase al tráfico entre Estados diferentes si invertía en él un capital susceptible, por lo cuantioso, "de destruir o prevenir un marco de competencia sustancial en el sector".

En la misma legislatura, el Comité del Senado para el Comercio Interestatal encomendó al Juez ELBERT H. GARY la redacción de un proyecto sobre la adquisición por una sociedad propiedad de otra. GARY sugirió crear una Comisión de Corporaciones encargada de conferir a las sociedades previa autorización o "patente" para ejercer el comercio entre Estados. Ninguna entidad así autorizada, cuyo negocio constituyese más del cincuenta por ciento del sector "del mismo carácter" en el mercado nacional, tendría facultad para adquirir la propiedad o el negocio de otra con actividad análoga sin permiso de la Comisión, la cual sólo lo daría si la compra no abocaba a un monopolio o a una restricción de competencia incompatible con la Ley SHERMAN.

Todas las propuestas resumidas fueron reacciones a la formulación de la "rule of reason" por el Tribunal Supremo en 1911, y, con la salvedad de las sugerencias del Juez GARY, todas tendían a que el Congreso definiese en materia de integración societaria una línea más severa que la del ordenamiento vigente. Concretamente pretendían proscribir prácticas que, acompañando al desarrollo de las grandes agrupaciones, habían sido expuestas a la luz por los casos principales de la jurisprudencia antitrust. Por ejemplo, a la holding se la consideraba un mal evidente que la Ley SHERMAN por sí sola era in

ceptible y bien definido, utilizado por los "trusts" e impopular entre el electorado. Sólo el Juez GARY atacó la cuestión, por lo demás difícil, de establecer un criterio susceptible de juzgar el grado de integración compatible con el orden público económico, proponiendo la adopción de la "regla de razón".

c' - La campaña electoral de 1912.- Desde sus plataformas respectivas, los partidos reconocieron la necesidad de reforzar la legislación antitrust, y había un principio de acuerdo en la necesidad de crear una dependencia administrativa encargada especialmente de controlar a las sociedades dedicadas al comercio interestatal, salvando simples divergencias de tono y estilo. Así, el partido republicano se limitaba a recomendar la instauración de una Federal Trade Commission sin mayor precisión, y TAFT volvió a encarecer la conveniencia de una ley de validez federal para la constitución y régimen de sociedades y para reforzar el ordenamiento antitrust, sin aludir en absoluto a los ayuntamientos consumados mediante las compras de acciones o activos materiales. Por otra parte, se sentía satisfecho en líneas generales con la Ley SHERMAN, aplaudía la interpretación de la "regla de razón" elaborada por el Tribunal Supremo en los asuntos Standard Oil y American Tobacco y se declaraba partidario de la concentración: "Hace mucha falta ... una legislación constructiva susceptible de coadyuvar (a los negocios). Hay que fomentar la reunión de capital en grandes empresas, si se hace dentro de la Ley, ya que todos deben reconocer que el progreso en los negocios modernos se logra por la combinación eficaz de los medios de producción hasta el punto de máxima economía" (72).

---

(72) Discursos ante la Convención Nacional Décimoquinta del Partido Republicano, cit. por DAVID D. MARTIN, op. cit., página 27.

blicanos disidentes bajo la dirección de TEODORO ROOSEVELT, abogaba también por una nueva Comisión cuyo objetivo consistiría en "una supervisión activa y permanente de las corporaciones industriales dedicadas al comercio interestatal, o sobre las que entre ellas sean de interés público".

También el Partido Demócrata hizo peticiones concretas: "Postulamos que la Ley enuncie las condiciones en que se permitirá a las sociedades dedicarse al comercio entre Estados, incluyendo, entre otras, la prohibición de compañías holding, interconexión de directorios (interlocking directorates), ..... y de dominio por cualquier sociedad de una porción tan grande de cualquier industria que constituya una amenaza para el clima de competencia".

La realidad es que sugerencias y propuestas se plantearon en términos muy genéricos, y ni siquiera sobre la naturaleza y contenido exacto de la misión del nuevo órgano federal se vislumbró acuerdo. Celebradas las elecciones, con la victoria del demócrata WILSON y T A F T en el tercer puesto, era evidente que la nueva Administración ofrecería algún proyecto de reforma, pero como no se había sugerido nada en concreto, ni siquiera para sustituir la denostada "regla de la razón", quedó sin resolver el punto central del debate, es decir, la medida o grado en que el Gobierno permitiría la concentración en una minoría de empresas del dominio virtual del mercado.

b). Elaboración de la Ley CLAYTON en el Congreso.

El 20 de enero de 1914, WILSON dirigió a las dos Cámaras en sesión conjunta el mensaje sobre el estado de la Unión invitando al Congreso a cumplir los compromisos contraídos en materia antitrust, y haciendo hincapié en el veto absoluto a la interconexión de directorios en grandes compañías "que de hecho aboquen a convertir en socios y dueños de

mención alguna de fusión o compra de activos. Sugería, además, la prohibición de la propiedad simultánea de capital de sociedades por una sola persona o un grupo restringido, y daba expresamente por descontado el veto a las holdings. Proponía también la constitución de una comisión de comercio pero, nuevamente, sin especificar sus facultades.

Las recomendaciones del Presidente cristalizaron en cinco proyectos de Ley (bills), si bien, después de varias semanas de sesiones, los pasajes referentes a la política antitrust se reordenaron en dos textos, el de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) y la proposición CLAYTON, del nombre de su autor, miembro de la Cámara de Representantes. Aunque CLAYTON introdujo el proyecto de la Comisión Federal conforme al Reglamento de la Cámara baja, se asignó su estudio al Comité de Comercio Interestatal y Exterior, mientras que el Comité Judicial, cuyo presidente era precisamente CLAYTON, estudio únicamente el proyecto de cambios en la legislación sustantiva. Tras no pocas vicisitudes parlamentarias, se publicó el 26 de septiembre de 1914 la Ley de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission Act) y el 15 de octubre del mismo año la Ley CLAYTON (CLAYTON Act), denominación habitual que suple con ventaja al prolijo enunciado oficial "Ley para completar las leyes existentes contra restricciones y monopolios y para otros fines" (an Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes).

El Comité Judicial dictaminó sobre la propuesta CLAYTON el 6 de mayo de 1914. En los artículos de derecho material o sustantivo, es decir, en los procesales, se sugería declarar prácticas ilícitas en ciertas circunstancias: la discriminación de precios, los contratos de exclusiva, las compañías holdings y la conexión de puestos directivos entre

sociedades diferentes . La Comisión justificaba la interdicción específica de la holding en el artículo octavo, diciendo que si bien el lenguaje corriente entendía por tal la compañía poseedora de capital de otras, en realidad se trataba de una entidad cuyo propósito fundamental (primary purpose) consistía precisamente en retener títulos de otras sociedades, casi siempre como medio para tener bajo su "control" a uno o varios competidores suyos. "Así definida, una holding company es una abominación y, a nuestro juicio, una simple forma societaria (a mere incorporated form) del trust ya superado...". Según el dictamen, la experiencia había demostrado que la holding como ente sistemáticamente dedicado a la adquisición de participaciones de empresas rivales no proporcionaba beneficio alguno a la comunidad, y merecía, por lo tanto, ser prohibido, salvo excepciones necesarias por circunstancias comerciales, siempre que no fuesen de naturaleza monopolística y no tendiesen a restringir la competencia.

En consecuencia, el dictamen se oponía a que cualquier sociedad adquiriese, directa o indirectamente, el capital, en todo o en parte, de otra corporación dedicada también al comercio cuando el efecto de la compra fuese el de "eliminar" o reducir "sustancialmente" la competencia entre ellas, o bien "crear un monopolio en un renglón cualquiera del comercio en un sector o comunidad del país". Proscribía, asimismo, todo mecanismo por el que una corporación adquiriese mediata o inmediatamente el total o una parte del capital de dos o más entidades cuando el resultado de la compra, o el del ejercicio del derecho de voto o de procuración correspondiente a ese capital, fuera eliminar o restringir sustancialmente la competencia entre esos entes o algunos de ellos, o crear un monopolio en cualquier artículo del comercio de un sector o una comunidad de la nación. Se hacía expresamente la salvedad de las sociedades que adquirirían los títulos de otras

"únicamente con fines de inversión" y los empleaban para votar con ellos a fin de reducir la competencia. Igualmente se declaraba exenta la constitución de sociedades filiales (subsidiary corporation) para el ejercicio inmediato de los negocios lícitos de la matriz, y la posesión del capital, en todo o en parte, de esas filiales, siempre que el acto no abocara a la destrucción o merma sustancial de la competencia. Asimismo se exceptuaba la adquisición por compañías ferroviarias de capital de otras sociedades del ramo, en el supuesto de que no existiese "competencia sustancial" entre la que extendía su negocio y aquella cuyo capital se compraba.

Las discusiones en el Pleno no hicieron más que recoger y amplificar divergencias manifestadas en la Comisión dictaminadora. Así, los republicanos declararon que el criterio de ilicitud era mucho menos riguroso que el adoptado en el litigio Northern Securities, (vide supra, páginas 51-53), a lo cual replicó la Subcomisión redactora del proyecto que, según el Supremo, la holding había eliminado la competencia y reducido, por ende, el comercio: En cambio, en el proyecto bastaba que se diera una merma de la competencia (a lessening of competition). La competencia puede ser mermada sin restricción del comercio, y sin que hubiese tentativa de monopolio.

Se explanó incluso una enmienda (VOLSTEAD), que fue rechazada, y que sugería prohibir radicalmente la adquisición de títulos de una sociedad mediante el cambio o canje de otras acciones.

Aprobado el proyecto en la Cámara baja el 5 de junio de 1914, pasó al Senado. Corrió la primera etapa a cargo del Comité de lo Judicial, que emitió dictamen el 22 de julio. Aparte de algunas enmiendas de terminología (por ejemplo, sustituir la palabra "trade" por "commerce"), el Comité recomendaba la supresión del último párrafo del texto apro-

bado por la Cámara, el cual declaraba delictiva toda operación realizada contra las prohibiciones de los párrafos anteriores, y, en cambio, añadía un artículo que encomendaba la aplicación de la fiscalía de la nueva Ley a una Comisión Federal de Comercio, a punto de crearse.

El Pleno del Senado votó, tras largos debates, la eliminación de las sanciones de orden penal, como aconsejaba el dictamen, y en cuanto a lo procesal, modificó la propuesta del Comité en el sentido de que el procedimiento se ajustase al que preveía la Ley de la Comisión Federal de Comercio para el cumplimiento de su artículo 5º. También se discutió con minucia el criterio de ilegalidad de las participaciones intersocietarias, y prosperó una enmienda del Senador WALSH, de Montana, quien, a propósito de la expresión "eliminar o reducir sustancialmente la competencia ...", usada en los dos primeros párrafos del artículo octavo, suprimía por innecesarias las palabras "eliminar o ....." con el argumento de que la competencia se restringe ipso facto si se la elimina.

En sustitución del primer párrafo, propuso el Senador REED un texto breve y categórico de veto absoluto a la adquisición de capital de una sociedad por otra dedicada al mismo sector de negocio, alegando que así se evitaban de raíz dudas y ambigüedades de interpretación. En la discusión suscitada, algunos deliberantes, como THOMAS, fueron más lejos, llegando a sugerir se prohibiera toda participación societaria de compañías y señalando que, si se admitían excepciones, la Comisión Federal de Comercio sería sepultada por un alud de casos de competencia desleal en virtud del artículo 5º de la Ley que la creaba. Hay que reconocer que la experiencia de los veinte años siguientes ha dado la razón a las aprensiones de REED y THOMAS, pero es curioso que ni uno ni otro previeran que, al limitarse la veda a las compras de capital, subsistía



un postigo a la penetración intersocietaria, el de las compras de activos físicos. Al preguntar uno de los adversarios del proyecto si la adquisición de elementos de activo de una sociedad competidora no provocaría los mismos resultados, REED repuso que semejantes operaciones eran perfectamente conocidas por todo el mundo. Pero el Senado rechazó la enmienda REED.

En este sesgo de los debates introdujo el Senado en la determinación del criterio de ilegalidad una modificación muy significativa, que se incorporaría a la versión definitiva. En vez de vedar una compra cuyo efecto fuese mermar sustancialmente la competencia, el texto preveía simplemente que la consecuencia pudiese ser la reducción sustancial de la competencia. Volvióse a invocar el precedente Northern Securities, ya que, según la interpretación judicial, bastaba demostrar la posibilidad de restringir el comercio. Así trató la Cámara alta de acallar las objeciones formuladas en la Cámara baja de que el criterio de ilicitud era menos riguroso que el de la Ley de 1890.

El 2 de septiembre de 1914 el Senado aprobó el proyecto con las modificaciones expuestas, amén de la supresión del adverbio "sustancialmente" en el pasaje referente a la merma de competencia, y el traslado del artículo octavo al séptimo lugar. Como entrambas Cámaras insistían en sus respectivos textos, se reunió, a instancias de la de Representantes, una comisión paritaria, que retocó el texto senatorial, restableciendo el término "sustancialmente". Suprimidas las palabras "en cualquier sector o comunidad" (in any section or community) a propósito de las participaciones presuntamente monopolísticas, se sustituyó la expresión "crear un monopolio" por "tender a crear un monopolio". Por añadidura y para satisfacer a la Cámara baja en su deseo de limitar geográficamente el concepto de mercado, el comité insertó un pasaje nuevo prohibitivo de toda participación cuyo efecto "pueda ser (may be) .... res-

puesta del Comité mixto por entrambas Cámaras, se aprobó sin modificaciones por el Senado el 5 de octubre, y por la Cámara de Representantes tres días después. El Presidente WILSON firmó la Ley el 15 de octubre de 1914.

c). Texto definitivo de la Ley en materia de concentración. Análisis de su significado.

Los dos primeros párrafos del artículo séptimo, correlativos al primero y segundo del antiguo octavo, decían así:

"Ninguna corporación dedicada al tráfico adquirirá, directa o indirectamente, todo o una parte del capital-títulos o del capital en acciones de otra corporación también dedicada al comercio cuando el efecto de la adquisición pueda ser el de aminorar sustancialmente la competencia entre la corporación cuyo capital se adquiera y la que realice la adquisición, o restringir ese comercio en cualquier sector o comunidad, o tender a crear un monopolio en un renglón cualquiera del comercio".

"Ninguna corporación adquirirá, directa o indirectamente, la totalidad o parte del capital-títulos o del capital-acciones de dos o más corporaciones dedicadas al comercio cuando el efecto de la adquisición o el uso de ese capital mediante el voto o el otorgamiento de una delegación o por algún otro medio, pueda ser el de reducir sustancialmente la competencia entre esas Corporaciones o cualesquiera de ellas, o restringir el comercio en cualquier sector o comunidad, o tender a la creación de un monopolio en un renglón cualquiera del comercio".

El párrafo tercero mantenía la exención prevista en el proyecto primitivo para las participaciones de pura inversión y para la constitución de filiales y sucursales, con la salvedad, respecto a las primeras, de que los títulos com-

prados no se utilizaran "mediante el voto o de otro modo para conseguir o tratar de conseguir una reducción sustancial de la competencia", y respecto a las segundas, de que "el efecto de la constitución no sea la merma sustancial de la competencia". El párrafo cuarto mantenía igualmente la dispensa de los transportistas ordinarios (common carriers), admitiendo, entre otras hipótesis, que un transportista adquiriese y poseyera, en todo o en parte, el capital de un "ramal o línea corta" construida por una "compañía independiente", si no existía "competencia sustancial" entre el adquirente y la compañía propietaria, así como que un transportista ampliase una línea suya comprando, o adquiriendo de otro modo, el capital de otro transportista, a reserva, también, de que no existiera "competencia sustancial" entre uno y otro. Igual que en el proyecto, hacía el párrafo quinto la salvedad de que las excepciones anteriores no podrían servir en ningún caso como justificación o artificio legal para operaciones condenadas por las leyes antitrust ni para exceptuar a persona alguna de las disposiciones penales o medidas civiles de indemnización previstas por esas leyes.

Analicemos ahora la filosofía del artículo séptimo. En primer término, se trataba de completar la Ley SHERMAN, como ya se apuntó, con normas de más eficacia, de acuñar una redacción más clara y expresiva que el criterio de "restricción injustificada del tráfico" sentado bajo el imperio judicial de la rule of reason. En definitiva, el objetivo apuntaba a esa zona intermedia que quince años atrás distinguía JOHN BATES CLARK, a esos supuestos que si bien no tenían aún carácter de monopolio, hacía aconsejable, por su signo restrictivo de la competencia, la acción prohibitiva de las autoridades federales. Bien lo explicaba el dictamen del Comité Judicial del Senado: "En términos amplios el proyecto se propone ... prohibir y hacer ilícitas ciertas prácticas comer-

de 2 de julio de 1890 ni otras leyes antitrust existentes, y al convertirlas en ilícitas, impedir la constitución de trusts, colusiones y monopolios en sus comienzos y antes de consumarse". A este espíritu de mantenimiento de la competencia más aún que de proscripción de la conducta monopolística o injustificadamente restrictiva respondían los términos merma de la competencia y tendencia al monopolio.

En segundo término, con relación al criterio concreto de ilicitud, aunque no había unanimidad entre los miembros del Congreso, no deja de ser factible localizar dentro de límites amplios el espíritu del texto final. Evidentemente, los parlamentarios no se proponían vedar toda adquisición accionaria o toda constitución de sociedad holding. Ahora bien, ¿qué adquisiciones y qué entidades eran ilegales y cuáles no?

Las discusiones en las dos Cámaras apuntan a la probabilidad de que los ponentes quisieran prohibir toda unión mediante participaciones de capital entre dos compañías dedicadas a vender idéntica mercancía en el mismo mercado, sin consideración al porcentaje con que cada una de ellas contribuyera a ese mercado, interpretación que, de ser correcta, explicaría el empleo del término "reducción sustancial" de la competencia, en vez de "eliminación", por el deseo del Congreso de prever la compra parcial del capital de un competidor, ya que ésta puede no abocar al dominio completo de la empresa rival. Se pensaba que el concepto de "merma sustancial" cubría, incluía, el de "eliminación", y por eso se eliminó este segundo término (vide supra, página 82).

Alternativamente la nueva Ley retenía otro criterio, el de la "restricción del comercio" en cualquier "sector o comunidad". Como se recordará, aquí se suprimió el adverbio "sustancialmente", porque, según apuntaba el Senado WALSH, los Tri-

bunales no apreciarían nunca merma alguna de la competencia si no se trataba de una aminoración realmente "sustancial" (73).

Por fin, el proyecto consideraba el posible efecto en cuanto a dominio del mercado en la parte que decía "o crear un monopolio en cualquier renglón del comercio en un sector o comunidad". El texto final, resultado, como se dijo, de suprimir las palabras "en un sector o comunidad", de sustituir "crear" por "tender a crear", y de remplazar las palabras "el efecto.. sea" por "el efecto... pueda ser", era fruto de un compromiso indefinido, cuyo sentido dio lugar, aunque nadie lo conociera exactamente, a que muchos parlamentarios expusieran sus temores.

Queda un punto por analizar, y es el problema de las adquisiciones de activos físicos o materiales. ¿Por qué la Ley CLAYTON no dijo nada de ellas? ¿Por qué no las reguló? ¿Por inadvertencia o por designio de eximir las de una legislación declaradamente restrictiva? Considerando que la integración de sociedades mediante la compra en bloque del activo de una de ellas por otra era ya práctica frecuente, no parece lógica la primera explicación. La conjetura más verosímil es que desde el comienzo mismo de la campaña electoral de 1912 se habían denunciado no los males de la fusión societaria, sino más bien los de la compañía holding de modo especial, y durante ocho meses de debates en el Congreso, cada vez que se hablaba del artículo octavo del proyecto, se le mencionaba como el "artículo de la holding". Por eso, la discusión se centró principalmente en determinar qué compañías

---

(73) Aun así, WALSH no dejó de expresar su hostilidad al criterio mismo de la "reducción del comercio": "Buena muestra de los resultados desastrosos que cabe temer de tal interpretación la tenemos en la sentencia del caso Union Pacific-Southern Pacific, en que el tráfico afectado por la agrupación sólo suponía ochenta y ocho centésimas del uno por ciento del tonelaje total de la Southern Pacific. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que la merma del comercio era lo bastante sustancial como para condenar la agrupación en virtud de la Ley".

taria en general, debían quedar prohibidas y cuáles toleradas. Prueba de que el Congreso se percataba de la existencia y significado de la fusión formal a través de la compra de patrimonios societarios enteros, fue que tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado se aludió expresamente al supuesto. Así, en aquélla, WEBBS dijo: "Después de la sociedad holding vino la fusión completa (the complete merger) en que se compra y anula de modo efectivo el capital-títulos (the stock) de las compañías participantes y el único que queda es el de la compañía dominante". En el Senado CUMMINS llegó a defender como funcionalmente deseable la compra por una sociedad del activo físico de otra en cuyo capital estuviese ya participando, y a sostener que la fórmula era, desde luego, preferible, por ser más sincera, a la de participación accionaria, que en muchos casos se hacía de manera reservada, respetando las apariencias jurídicas.

Del conjunto de los debates se deducía con claridad el propósito de adoptar para las adquisiciones de títulos un módulo mucho más estricto que el ya establecido por la Ley SHERMAN para las compras de activos. Hubo quienes advirtieron que el planteamiento abocaría a dos patrones de valoración, a una verdadera discriminación jurídica para dos accesos a un mismo resultado económico, especialmente el Senador COLT que, disconforme con el proyecto y satisfecho con la interpretación usual de la Ley SHERMAN, afirmaba que en punto a monopolio o a restricción de la competencia era indiferente la participación accionaria o la compra del patrimonio social entero, y terminaba proponiendo que, permitido el segundo tipo de operación, no se prohibiese tampoco el primero.

d). Prohibición de acumular cargos directivos.

El artículo octavo final, que posteriormente ha sido objeto de diversas modificaciones, se ocupaba con extensión

que en vez de sentar primero una prohibición general y exceptuar luego sectores concretos, regulaba de entrada el ramo bancario con casuística prolijidad, y establecía a continuación la regla general para las demás sociedades dedicadas "en todo o en parte al comercio", concretamente las que no fuesen bancos ni transportistas regidas por la Ley de Comercio Interestatal de 4 de febrero de 1887.

En virtud, pues, de la Ley CLAYTON ninguna persona podrá ser simultáneamente directivo (director) en dos o más sociedades de las que alguna tenga más de un millón de dólares como resultado de sumar capital, reservas (surplus) y beneficios no distribuidos, si esas sociedades son o han sido competidoras hasta ese momento por razón de sus negocios o de sus zonas de actuación, de tal modo que la eliminación concertada de la competencia entre ellas suponga violación de cualquiera de las leyes antitrust.

En cuanto a los bancos, se establece que "ningún banquero privado (private banker) ni director, alto funcionario (officer), ni empleado de cualquier banco que forma parte del Sistema de Reserva Federal (Federal Reserve System) o de cualquiera de las sucursales de aquél podrá ser simultáneamente directivo, alto funcionario, ni empleado de cualquier otro banco, asociación bancaria, caja de ahorros o compañía de inversión constituida al amparo de la Ley de Bancos Nacionales (National Bank Act) o bajo las leyes de un Estado o del Distrito de Columbia, ni de cualquiera de sus sucursales, sin perjuicio de que la Junta de Gobernadores del Sistema Federal pueda por orden reglamentaria permitir el ejercicio de estas funciones como directivo, alto funcionario o empleado de no más de una de esas otras instituciones o de alguna de sus sucursales". Quedaba y continúa exceptuada de esa prohibición la asunción simultánea de cargos en otros establecimientos, que se enume-

190

rabán a continuación: primero, aquellos cuyo capital sea, en más del noventa por ciento, propiedad directa o indirecta de los Estados Unidos o de corporaciones cuyo capital sea, a su vez, directa o indirectamente, propiedad de los Estados Unidos en más del noventa por cien; segundo, entidades que hayan sido formalmente declaradas en liquidación o se encuentren en manos de un comisario (receiver), curador (conservator) u otro funcionario que ejerza funciones análogas; tercero, entidades que, dedicadas principalmente al negocio bancario internacional o extranjero o al negocio de banca en un territorio (dependency) o posesión insular de los Estados Unidos, tengan un acuerdo suscrito con la Reserva Federal, con arreglo al artículo 25 de la Ley reguladora; cuarto, bancos cuyo capital esté en más del cincuenta por ciento en propiedad de personas que, a su vez, sean propietarias directas o indirectas de más del cincuenta por ciento del banco miembro de la Reserva Federal con el que se produzca la conexión; quinto, entidad que no tenga su domicilio ni tampoco sucursales en la misma localidad ni en aldea, población o ciudad contigua o adyacente; sexto, entidad crediticia que no se dedique a la misma clase de negocio, y por último, cajas mutuas de ahorro que no tengan su capital representado por títulos de participación social.

El primitivo proyecto de Ley era mucho más riguroso, pues el hecho de ser consejero en dos entidades competidoras se asimilaba a la figura de delito configurada por la Ley SHERMAN. La Cámara de Representantes raspó el proyecto, si bien mantuvo una pena, que fue suprimida por el Senado. Sin embargo, no sería justo pasar por alto que la exención decretada por el artículo 82 en favor de las compañías ferroviarias, bajo la rúbrica genérica de "transportistas ordinarios" en materia de incompatibilidades, queda compensada en buena parte por el artículo 10, en virtud del cual "ningún transpor-



tista ordinario dedicado al comercio podrá realizar transacciones sobre valores (securities), suministros u otros artículos de comercio, ni concertar ninguna clase de contratos de construcción o conservación por importe de más de cincuenta mil dólares en total durante un año, con otra sociedad, firma, asociación o consorcio, cuando el citado transportista tenga como miembro de su Consejo de Directores o como Presidente, gerente, o jefe de compras o de ventas, o agente para la transacción de que se trate, a una persona que fuere al mismo tiempo directivo, gerente o jefe de compras o de ventas de esa sociedad, firma, asociación o consorcio o posea en ella una participación sustancial (substantial interest), a menos que se concierten esas compras o se concierten esos tratos con el oferente cuya proposición sea la más favorable .... previo concurso de propuestas que se hará conforme a reglas establecidas por ordenanza o de cualquier otro modo por la Comisión de Comercio Interestatal".

Todas las transacciones realizadas en las circunstancias del artículo, es decir, cuando hay consejeros o directivos comunes, deben comunicarse por escrito, dentro de los treinta días siguientes, a la citada Comisión con una lista completa de los oferentes y una descripción minuciosa del trato, y si la Comisión considera, previa audiencia o investigación, que se ha violado la Ley, deberá trasladar el expediente al Fiscal General. El artículo establece una sanción de veinticinco mil dólares para la firma o empresa transportista que contravenga el precepto, y castiga con pena alternativa a discreción del Tribunal de cinco mil dólares o de un año de prisión, no sólo al directivo, agente, jefe de compras o ventas o gerente que haya impedido o intentado impedir la libre competencia entre los oferentes efectivos o potenciales, sino también a quien, en el ejercicio de alguno de esos cargos, hubiere votado u ordenado la operación a sabiendas de su ili-

cidad, y a quien hubiere ayudado o contribuido a la infracción.

e). El mecanismo procesal de la Ley CLAYTON: las "cuatro vías".

No sólo en el derecho sustantivo, no sólo en las definiciones de figuras restrictivas, sino, asimismo, en lo orgánico y administrativo, introdujeron los legisladores de 1914 reformas determinantes, hasta el punto de que en el segundo aspecto el texto se extiende con mayor minucia aún que en el primero. Fundamentalmente eran cuatro las posibilidades instituidas:

- 1) Acción privada individual para el resarcimiento de daños causados por cualesquiera infracciones de la Ley.-

Según el artículo 4º, toda persona que hubiese sido "dañada" (injured) en su propiedad o negocio por razón de "algo prohibido en las leyes antitrust" podía demandar en cualquier tribunal de distrito (los de circuito se habían suprimido en 1911), fuese cual fuese el importe de las presuntas lesiones, y tendría derecho a recibir el triplo, así como la suma de las costas, incluyendo honorarios "razonables" para el fiscal. Era casi la repetición literal del artículo 7º de la Ley SHERMAN que, en lo sucesivo, carecía prácticamente de objeto y razón de ser, por lo que fue derogado formalmente en 1955 (74). En el período 1914 a 1950, se tramitaron varias reclamaciones, pero los Tribunales no concedieron indemnización alguna. La realidad es que las disposiciones de la Ley han tenido escasa disuasión en materia de compra de participaciones.

Cabe considerar como caso especial de acción privada que los Estados Unidos entablen demanda por daños patrimoniales, y así parece enfocarlo la propia Ley al regularlo a continuación, en un artículo adicional 4 A, hipó-

(74) 69 STAT. 283. Ver Cód. Procesal de los Estados Unidos, referencia 15 U. S. C., artº 15 (1958)

tesis en la que tendrá derecho el Gobierno Federal a recuperar el importe simple de los daños sufridos, así como las costas.

- 2) Procedimiento de investigación, requerimiento y acusación por organismos administrativos especiales.- Es la gran innovación procesal de la Ley. Concretamente el larguísimo y minucioso artículo 11 atribuía a diversas Comisiones (Commissions) y Juntas (Boards) el objetivo de hacer cumplir (to enforce compliance) los artículos 2 (discriminación de precios), 3 (contratos de exclusiva), 7 (participaciones) y 8 (consejeros comunes), siguiendo un criterio sectorial: así, se encomendaba el ramo de los "transportistas ordinarios" a la Comisión de Comercio Interestatal (75), el bancario, a la Junta de Reserva Federal, y el resto de la economía, a la recién instituida Comisión Federal de Comercio. Sin embargo, disposiciones posteriores han sustraído determinadas materias a la Comisión: así, la Federal Communications Commission ha sido investida de competencia plena en materia de radio y telegrafía. Al instituirse en 1938 la Civil Aeronautics Authority, pasó a depender de ella la aviación civil, etc.

El artículo 11 delinea un procedimiento común para todas las investigaciones incoadas con motivo de presuntas infracciones de los artículos 2, 3, 7 y 8, sea cual fuere el órgano instructor. Ahora bien, como el supuesto genérico y normal es que intervenga la Comisión Federal de Comercio, describiremos el procedimiento al ocuparnos de la composición y funcionamiento de esa dependencia.

- 3) Procedimiento clásico de acusación por el Fiscal General y los Fiscales de Distrito.- En virtud del artículo 15,

---

(75) Criterio confirmado por la Ley de Transportes de 1920 (Transportation Act), cuyo artº 5º confirió expresamente facultades a la Interstate Commerce Commission para aprobar la asunción del control de una compañía ferroviaria por otra mediante compra del capital de la primera.

ción para reprimir y prevenir violaciones de la Ley CLAYTON, y se encomendaba a los Fiscales de Distrito de los Estados Unidos, bajo la dirección del Fiscal General, la instrucción de procedimientos de "equidad" con estos fines. El precepto significa, como hacen constar todos los comentaristas del derecho antitrust, que hay competencia concurrente del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio para determinados tipos de infracciones, entre ellos precisamente las participaciones de capital y, en general, las fusiones.

- 4) Demanda preventiva de interdicto o "injunction".- En virtud del artículo 16, toda persona, firma, sociedad o asociación podrá dirigirse a cualquier Tribunal de los Estados Unidos que tenga jurisdicción sobre las partes en solicitud de interdicto contra una empresa o consorcio de empresas para que no lleve a efecto un acto u operación susceptible de causar daños o pérdidas al reclamante y comprendido en las categorías de las leyes antitrust, "incluyendo los artículos 2, 3, 7 y 8 de la presente Ley". El precepto implica que la Comisión Federal de Comercio, no mencionada en el texto, carece de la facultad de solicitar interdicto preventivo, lo cual, en materia de adquisiciones accionarias, significa que la Comisión no puede pedir directamente a un Tribunal federal que prohíba una operación aún no consumada, a diferencia del Departamento de Justicia (artº 4º de la Ley SHERMAN).

#### 6.- La Comisión Federal de Comercio como Poder administrativo especial.-

Resumamos la Federal Trade Commission Act, de 26 de septiembre de 1914 (76), sin perjuicio de una somera descripción (76) Refª. 38 STAT. 717 (1914). La Ley ha experimentado en 1938 y 1963 diversas modificaciones en el sentido de conferírsele misiones no previstas por el texto primitivo.

del iter procesalis trazado por la Ley CLAYTON en su referido artículo 11.

a). Naturaleza y composición.

Ninguna cita mejor que la de un considerando del Supremo en un célebre caso motivado por la tentativa sin éxito del Presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT, en 1935, de separar a un vocal cuyas ideas económicas eran contrarias al New Deal (77):

"La Comisión Federal de Comercio es un cuerpo administrativo creado por el Congreso para llevar a efecto directrices legislativas contenidas en la Ley conforme al patrón normativo prescrito por ella, y ejecutar otros deberes específicos como auxiliar legislativo o judicial. Un cuerpo así no puede caracterizarse en sentido propio como brazo u ojo del Poder Ejecutivo. Desempeña sus tareas sin permiso del Ejecutivo y al considerar la legislación debe actuar libre de control del Ejecutivo. Al administrar las disposiciones legales respecto a "métodos de competencia desleal" (unfair methods of competition), ... la Comisión actúa en parte cuasi-legislativamente y en parte cuasi-judicialmente".

Se trata, pues, de una institución de acusada raigambre en el derecho anglosajón, sobre todo por su independencia funcional respecto a la Administración central y por sus facultades cuasi-judiciales en punto a investigación de los hechos.

La Comisión se compone de cinco miembros nombrados por el Presidente, con la aprobación del Senado, para un septenio, con la única limitación de que no pueden ser del mismo partido político más de tres de ellos. Una vez nombrados, los vocales tienen garantizada legalmente su titularidad, salvo en los supuestos de "ineficacia, abandono de funciones o ma-

---

(77) Humphrey's Executor v. U.S. 295 U.S. 602, 628 (1935), citado por KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op. cit., págs. 274, 277.

la conducta en el cargo" (inefficiency, neglect of duty or malfeasance in office). Desde 1950, el primer magistrado tiene la facultad de nombrar presidente de la Comisión a cualquiera de los vocales, así como la de revocar al designado. Hasta entonces eran los propios miembros quienes nombraban a su presidente. En general, los vocales han sido escogidos entre hombres identificados con la función pública y dotados de formación jurídica; raros han sido los hombres de negocios seleccionados.

Los efectivos y engranajes han crecido y se han diversificado notablemente en el curso de los años. La Ley preveía, simplemente (artº 2º) que la Comisión nombraría un Secretario, y que podría contratar periódicamente los fiscales, "expertos especiales", inspectores, administrativos y otros empleados que juzgase adecuados para el ejercicio de su misión, con tal que el Congreso autorizase los fondos pertinentes. No siendo necesario describir en detalle toda esa compleja maquinaria: Director Ejecutivo, con la Oficina Administrativa y el Control a sus órdenes; Oficina de Secretaría, Oficina de Información, Asesoría General (General Counsel) y los cuatro departamentos de encuesta y negociación: Orientación Industrial (Industry Guidance); Prácticas Engañosas (Deceptive Practices); Restricciones del Comercio (Restraint of Trade) y Textiles y Pieles (78), conviene indicar que se tiende a una especialización por sectores económicos más bien que por funciones, a diferencia de lo que ocurría en la organización primitiva. Para la materia de fusiones, son especialmente importantes la Oficina de Orientación Industrial, que asesora a las empresas y redacta "normas orientadoras" sobre las operaciones teóricamente lícitas y las presuntivamente con-

---

(78) Para una descripción más detenida, ver KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op. cit., págs. 277-283; JAIME VILLEGAS CAYON, "Las leyes antitrust de los Estados Unidos" (tesis doctoral), Madrid, 1970.

trarias al ordenamiento antitrust, y la Oficina de Restricciones del Comercio, y sobre todo la Oficina Económica, cuyos estudios sectoriales, acompañados de abundante acopio estadístico, han constituido excelente materia prima del proceso de instrucción y enjuiciamiento.

b). Cometido y facultades de la Comisión.

Eran fundamentalmente dos sus misiones: por una parte, según expresión literal de la Ley CLAYTON (artículo 11, apartado a), "imponer el cumplimiento" (to enforce compliance), como se dijo, de sus artículos 2º, 3º, 7º y 8º; por otra, impedir, literalmente "prevenir" (to prevent), que cualesquiera personas, asociaciones o corporaciones (79) utilizaran "métodos desleales de competencia comercial y actos o prácticas mercantiles desleales o engañosas", según lo dispuesto por la propia Ley fundacional (artº 5º, apartado a, subapartado 6). Para cumplir esta doble tarea se investía al nuevo órgano de poderes que, minuciosamente enumerados, cabe clasificar así: a) investigación de datos y hechos; b) informes y recomendaciones oficiales y divulgación de material estadístico; c) orientación y asesoramiento de las empresas en cuanto a los tipos lícitos e ilícitos de comportamiento o política comercial, y d), el más importante de todos, el ejercicio de facultades interdictales y la persecución ante los Tribunales de las presuntas infracciones.

Las atribuciones de encuesta y pesquisa, que han tenido importancia decisiva en el ya casi secular combate de la Administración contra las tendencias monopolísticas y res-

---

(79) Excepto bancos, empresas ordinarias de transporte sometidas a leyes de regulación del comercio interestatal (o sea, la Ley del mismo nombre de 14 de febrero de 1887 y disposiciones que la modificaban y completaban), las empresas de transporte aéreo y las extranjeras del mismo ramo, sujetas a la Ley de Aviación Civil de 1938, y cualesquiera personas, asociaciones o corporaciones sometidas a la Ley de Industrias de Conservas Cárnicas y Mataderos (Packers and Stockyards Act 1921).

trictivas, eran de índole plural. Por un lado, podían consistir en la recogida periódica y compilación de material informativo sobre la "organización, negocios, conducta y dirección" de cualquier empresa y sus relaciones con sociedades o con individuos, asociaciones y consorcios de cualquier tipo, función en que la Comisión era la sucesora directa de la Oficina de Corporaciones, disuelta al crearse el nuevo órgano. Por otro lado, la Comisión podía exigir a cualesquiera corporaciones (con las excepciones apuntadas), bien por orden general, bien por orden individual, que suministrasen por escrito informes o comunicaciones anuales o especiales, o de ambos tipos a la vez, en respuesta a preguntas concretas acerca de su organización, negocios, comportamiento y gestión, y de sus relaciones con otras empresas individuales o corporativas igualmente obligadas a informar. Asimismo se facultaba a la Comisión para indagar motu proprio si, en el supuesto de condena de alguna empresa en sentencia firme a instancias de la Administración por violación de las leyes antitrust, la firma correspondiente cumplía o no lo dispuesto por el Tribunal, facultad que se convertía en imperativo si era el Fiscal General quien solicitaba la investigación. También (artº 6º, apartado d) autorizaba la Ley a la Comisión para indagar "a instancias del Presidente (de los Estados Unidos) o de cualquiera de las dos Cámaras del Congreso, e informar sobre los hechos concernientes a cualesquiera presuntas violaciones del ordenamiento antitrust por parte de una sociedad determinada". Por último, la Comisión podía, a instancias del Fiscal General, "investigar y formular recomendaciones para el reajuste del negocio de cualquier corporación presuntamente incurso en violación de las leyes antitrust, con objeto de que esa sociedad mantuviese en lo sucesivo su organización, dirección y política de negocios en concordancia a la Ley " (artº 6º, ap. e).

En cuanto a informes públicos, la Ley autorizaba a



la Comisión (artº 6, apart. f) a "publicar periódicamente los elementos de la información obtenida en el marco de esta Ley, excepto secretos comerciales y nombres de clientes, que juzgue oportuno para el interés público, y a elaborar informes anuales y especiales al Congreso, y a someter en ellos propuestas de legislación adicional".

Se facultaba a la nueva dependencia para "clasificar periódicamente a las sociedades y elaborar reglas y reglamentos con el fin de ejecutar las disposiciones de la presente Ley". Estas "reglas y reglamentos" han consistido en la tipificación de las prácticas lícitas de cooperación interempresarial y de las conductas u operaciones que, por el contrario, la Comisión consideraba contrarias a las leyes antitrust, tipificación que se ha solido hacer con audiencia y colaboración de las industrias de cada sector (80). En materia de fusiones ha tenido cierta importancia esta labor, como referencia para las grandes empresas sobre qué tipos de concentraciones eran en principio lícitos y cuáles, por el contrario, conculcaban el ordenamiento de defensa de la competencia.

Por último, tanto la Ley CLAYTON como la de la Comisión Federal reglamentaban (artículos 11 y 5º, respectivamente) el procedimiento de persecución judicial en términos casi idénticos, ya que la primera, ligeramente posterior, copió literalmente a la segunda en este punto. A reserva de añadir detalles más adelante, indiquemos que, según las disposiciones de referencia, se confería poder a la Comisión para citar a comparecencia a toda empresa de la que, bien en virtud de denuncia, bien como consecuencia de sus propias investigaciones, sospechase fundadamente que ha-

---

(80) Estas normas, que abarcan ya unos doscientos sectores industriales, reciben el nombre de Trade Regulation Rules y constituyen uno de los antecedentes de las "reglas sectoriales de competencia" de la Ley española de 20 de julio de 1963.

bía cometido o cometía una infracción a la Ley CLAYTON. Oída la firma, la Comisión quedaba facultada incluso para ordenarle que "se despojase" (to divest itself) de los títulos de capital que hubiese adquirido de cualquier sociedad competidora en violación de la Ley. A la firma se le concedía el derecho de recurrir ante un Tribunal de Apelación de Circuito. También la Comisión podía hacerlo si la empresa se negaba a ejecutar la orden. En cualesquiera de los casos, el Tribunal confirmaba o revocaba el auto de la Comisión, pero estaba categóricamente vinculado si las conclusiones se apoyaban en "testimonios". Si el Tribunal confirmaba el auto, podía dictar, a su vez, una resolución conminatoria ejecutable so pena de desacato (contempt). Por otra parte, el auto de enajenación no tendría fuerza activa, en caso de recurso del requerido, mientras no lo confirmara el Tribunal. Finalmente, cabía apelar al Supremo mediante recurso de certiorari, tanto por la Comisión como por la empresa, a tenor de las reglas del Código Procesal (81).

No es momento ni lugar para describir con detalle el mecanismo procesal de la Comisión, que puede encontrarse expuesto en el excelente estudio de JAIME VILLEGAS sobre el derecho antitrust norteamericano (82), pero sí cabe dar unas indicaciones generales. La mayor parte de los procesos se inicia a instancias de competidores supuestamente perjudicados o de un consumidor del artículo fabricado por la entidad presuntamente infractora, si bien la Comisión tiene poder para iniciar de oficio las actuaciones. Acto seguido, se cursa notificación a la persona, sociedad o corporación deman-

---

(81) En virtud de la jurisprudencia usual del Supremo, no se da curso necesariamente a toda apelación, sino únicamente a las que, según el propio Tribunal, revisten el suficiente interés jurídico, por su posible valor de precedentes, así como importancia política o económica. (De hecho sólo una minoría).

(82) JAIME VILLEGAS CAYON, op. cit., págs. 173-185, Madrid 1970, Editorial Librería Jurídica Villegas.

dada, y se encomiendan las actuaciones a un funcionario de la propia Comisión, concretamente a un miembro de la Oficina de Jueces Auditores (Office of Hearing Examiners). El Auditor actúa "de una forma semejante a un Juez de Primera Instancia" (VILLEGAS), con un procedimiento similar al de los Tribunales Federales, y después de haber ponderado las pruebas presentadas, tanto por las partes como por las secciones u oficinas competentes de la Comisión, dicta un auto o resolución, ora en el sentido de que procede formular interdicto, ora en el sentido de desestimar la demanda. Esta decisión preliminar queda incorporada a los autos y debe ser tomada en consideración por los Tribunales Federales en toda revisión eventual del asunto.

Si, en el caso de haber dictado el Auditor un interdicto de "cese y desestimiento" contra la persona o compañía demandada, ésta no apela en el plazo de treinta días ante el Pleno de la Comisión, o si no es modificado el interdicto por la Comisión en este mismo plazo, se considera definitiva la decisión. Ahora bien, lo normal es que el acusado recurra, y que en consecuencia la Comisión tenga que pronunciarse, y si lo hace en sentido confirmatorio del interdicto, se abre para el interesado un plazo de sesenta días para apelar ante el Tribunal Federal de Apelación correspondiente, cuya sentencia será firme, a menos que el Tribunal Supremo acceda a su revisión mediante el consabido auto de "certiorari", según se ha dicho.

7.- La aplicación del artículo séptimo de la Ley CLAYTON hasta 1950: vicisitudes e insuficiencias.-

En virtud de la legislación del Presidente WILSON, se originó una auténtica dualidad de competencias en punto a fusiones, pues tanto la División Antitrust del Departamento de Justicia como la recién creada Comisión Federal de Comercio (en lo sucesivo, Comisión Federal, o Comisión, o

F.T.C.) podían perseguir, y así sucedió y sigue sucediendo, todo caso de concentración que les pareciese sospechosos; respectivamente, de infringir la Ley SHERMAN o la Ley CLAYTON. La realidad es que todavía hoy no existe norma legal que delimite entrambas instancias. Normalmente el primer organismo que, motu proprio o por denuncia, entienda un asunto, es el que lo instruye hasta el final (first-come-first-served basis), si bien se mantiene estrecho contacto entre los dos y no es infrecuente que uno traslade al otro un caso determinado, aun después de haberlo iniciado, si las circunstancias lo aconsejan. Este dualismo funcional que, por otra parte, no ha provocado las dificultades temidas, nos obliga a dividir la presente sección en dos partes: primera, la política desarrollada por la Comisión que es, con mucho, la más importante; segunda, la política del Departamento de Justicia, que no por marginal ha tenido menos interés. Dentro de la primera, es ineludible distinguir dos etapas: una, de 1914 a 1926, año en que el Tribunal Supremo empezó a ventilar los recursos de certiorari interpuestos contra decisiones de Tribunales de Apelación de Circuito en materia de fusiones, y otra, desde 1926 hasta 1950, año en que se modificó el artículo 7º de la Ley CLAYTON por la Celler-Kefauver Act (también llamada Celler Antimerger Act). La distinción no es simplemente formal, sino que, según veremos, obedece a un cambio sustancial de actitud en la Comisión, como consecuencia, precisamente, de la labor revisora del Supremo.

A lo largo de nuestra exposición, consideraremos diversos aspectos o cuestiones interpretativos, atendiendo, preferentemente, al problema de la aplicabilidad de la Ley CLAYTON a las adquisiciones de activos físicos hechas a raíz de la compra de títulos de la sociedad propietaria de aquéllos, así como al de la posibilidad de extender o no el artículo séptimo a las integraciones verticales.

a). Los primeros años de la Comisión: interpretación restrictiva de las prohibiciones legales.

Hasta principios del año 1918 la Comisión no instruyó formalmente expedientes en relación al artículo séptimo. En la década siguiente, es decir, hasta fines de 1926, se incoaron formalmente treinta y ocho, y de ellos se sobreseyeron veintitrés. De los nueve pendientes en aquella fecha, ocho se sobreseerían más tarde, y uno suscitaría un auto de desposesión o enajenación (order of divestiture). En definitiva, a 31 de diciembre de 1926 la Comisión sólo había dictado auto en seis de los casos vistos, balance menguado en proporción a las esperanzas preconcebidas. El primero fue el asunto Aluminum Company of America (más conocida hoy por su sigla ALCOA) en 1921, o sea, seis años y medio después de la entrada en vigor de la Ley CLAYTON: en 1922 se pronunciaron dos más, en el sector de conservas cárnicas, asuntos Armour And Co. (mayo), Swift and Company (agosto); en 1923 se pronunciaron otros dos, el de Western Meat Company (febrero) y el quinto contra la Thatcher Manufacturing Company (junio), dedicada a fabricar botellas de lejía, y por fin, el sexto, quizás el más resonante por la envergadura de la firma requerida, se dictó (noviembre de 1925) en el caso International Shoe Company, la mayor fabricante de zapatos de cuero de uso diario en los Estados Unidos; litigios a los cuales se volverá a hacer referencia.

De los veintitrés asuntos sobreseídos, nueve lo fueron en virtud de la interpretación por la Comisión del criterio legal de ilicitud; cuatro por interpretar la Comisión que la Ley no la autorizaba a la enajenación forzosa de activos materiales, sino únicamente de títulos de capital; dos más porque ya el Departamento de Justicia se había adelantado (83), otros cuatro por razones diversas sin mayor significado para determinar el criterio de la Comisión en punto

(83) Fueron los casos Cement et al. Co. (1925) y Contin-

al derecho material, y otros tres por razones no especificadas.

En una visión panorámica procede examinar primero si la Comisión desarrolló una línea interpretativa definida en cuanto al criterio legal de ilicitud de las operaciones concentradoras, y estudiar después su actitud ante determinados aspectos parciales o singulares.

a' - Criterios de ilegalidad o ilicitud.- Desde 1915 la Comisión exigió, para declarar ilegal una operación, la prueba de que antes de la adquisición del capital de una compañía por una competidora suya, había existido, efectivamente, un grado sustancial de competencia entre ellas, y no sólo posibilidad teórica de competencia. Sostuvo que no bastaba que las dos compañías se dedicasen al comercio interestatal, lo cual implicaba una concepción restrictiva del artículo séptimo que, como se recordará, decía que el efecto de la adquisición "pudiese ser" (no que fuese de hecho) "amino-  
norar sustancialmente" la competencia entre ambas entidades. La circunstancia de que el Congreso sustituyera la expresión primitiva "ser" por la de "pueda ser" no influyó, al parecer, en el ánimo de los componentes de la Comisión (Commissioners).

Ahora bien, lo más significativo no fue, en definitiva, que la Comisión se mostrara más bien benévola frente a la concentración horizontal vía compra de capital societario, sino que variaba de caso en caso el criterio concreto de apreciación de un nivel sustancial de competencia. La verdad es que durante el período de referencia se mezclaron dos tipos de calificación: en ciertos asuntos se consideró la estructura del mercado de los productos vendidos (o comprados) por las firmas; en otros casos, se ignoró por completo y lo único que se consideró fue la actividad de las entidades protagonistas. Así, en los casos Alcoa y Thatcher la Comisión fundamentó sus conclusiones condenatorias en que la proporción en las ventas totales de los Estados Unidos alcanzada por las em-

presas adquirentes y adquirida era del 100% y de cerca del 70%, respectivamente. Del mismo modo fue decisivo, a juicio de los Comisarios, el hecho de que en el asunto Tobacco Products Corporation (noviembre de 1921), entre la sociedad compradora y la comprada sólo reunían el 0,5% de las ventas de tabaco para fumar y el 2,3% de otras clases del producto, y se archivó el procedimiento sin que, por cierto, se formularan razones concretas, aunque el Jefe de la Asesoría Jurídica (Commission's Chief Counsel) adujera un argumento interesante, a saber, que la adquisición sería precisamente susceptible de fomentar la competencia de las dos entidades frente a firmas de mayor envergadura. En otros litigios, por el contrario, la decisión se basó casi exclusivamente en la relación singular de competencia entre los protagonistas, limitándose la Comisión a examinar si había o no existido antes de la operación una "competencia sustancial". Para apreciar "competencia de las firmas", era indispensable probar que ambas habían vendido un producto casi totalmente homogéneo en el mismo mercado, es decir, en las mismas áreas, a los mismos clientes y a precios iguales o muy parecidos, y esta fue la interpretación adoptada en los tres litigios del sector de conservas cárnicas y en el de International Shoe, así como en otros en que se dio orden de enajenación, como los de American Agricultural Chemical (octubre de 1918), sector de fertilizantes; Standard Oil Co., de Nueva York (mayo de 1920), en el petróleo; Bordens Farm Products (julio de 1922), en la industria láctea; Austin, Nichols and Co. (mayo de 1925), en la venta de artículos alimenticios al por mayor; Swift and Co. and United Dressed Beef (diciembre de 1925), en la producción de conservas de carne; Standard Oil Co., de Nueva Jersey (enero de 1926), en la extracción de petróleo; y Holly Sugar (marzo de 1926), en la producción de remolacha azucarera. De este modo, la Comisión había llegado a exigir como supuesto de

ilegalidad un conjunto de circunstancias muy parecidas, a lo que más tarde darían los economistas en denominar "condiciones de competencia pura" (pure competition). Esto implicaba que, aun cuando antes de la operación cada una de las empresas hubiese logrado separadamente poder bastante de monopolio en mercados hasta cierto punto distintos, no se mermaba, propiamente hablando, la competencia (84).

En ningún caso mostró con claridad la Comisión el criterio en que se basaba para decidir si con anterioridad a la operación se había dado "competencia sustancial" entre las firmas. Parece ser que no logró desarrollar ninguna pauta definida, y precisamente sobre la interpretación surgieron las más de las veces discrepancias y votos particulares entre los cinco Comisarios. De todos modos, sería injusto desconocer que se apreciaron como decisivos ciertos datos o circunstancias concretas. En un caso, por ejemplo, (Tobacco Company), consideró la Asesoría que los Tribunales no confirmarían orden alguna de enajenación, a menos que cada una de las corporaciones controlase más del diez por ciento de las ventas del sector. En otro, la Comisión se basó en el dictamen de la Asesoría de que la Ley exigía que entrambas corporaciones hubieran vendido una gran proporción del volumen total en un mercado concreto de ámbito interestatal. Así se expuso con especial energía en el expediente Borden Company. En general, la Comisión dictaba auto desposesivo si se demostraba que en varias ciudades de más de un Estado las dos compañías habían vendido la misma mercancía, u otra muy semejante, a los mismos clientes, y se archivaba el procedimiento si no se podía probar el hecho.

---

(84) Esto fue lo que sucedió en el caso Borden. Esta compañía había adquirido todo el capital-acciones de la Alexander Campbell Milk Company, de Brooklyn, Nueva York, pero la Asesoría señaló que no había existido, propiamente hablando, competencia entre las dos, ya que Borden y Campbell habían realizado sus compras de leche en zonas distintas y Campbell vendía sus elaborados únicamente en los alrededores de Brooklyn.





b' - Interpretación en materia de adquisición de activos físicos. - Fue, sin duda, el aspecto más interesante, discutible y discutido de la Comisión en sus primeros años.

Como se recordará, la Ley CLAYTON habla únicamente de compras de capital y no menciona en absoluto adquisiciones de activos físicos. Sin embargo, los medios industriales debieron de concebir dudas, pues ya en el informe de 1916 la Comisión expuso, a título de simples "opiniones" informativas, las conclusiones a que había llegado con motivo de las denuncias recibidas contra compañías que compraban el negocio de otra. Sobre si un fabricante tenía derecho a eliminar a un competidor comprándole su explotación (to buy out a competitor), "sostenía" la Comisión que su única misión jurisdiccional era hacer cumplir el artículo 7º de la Ley CLAYTON, que proscribía la compra por cualquier corporación dedicada al comercio interestatal del capital-títulos, en todo o en parte, de otra entidad del ramo, siempre que la operación tendiera a restringir sustancialmente la competencia, contener el comercio interestatal o crear un monopolio; "y posiblemente también hacer cumplir el artículo 5º de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, si esa compra, bien del patrimonio (property), bien del capital accionario en relación con otras circunstancias, puede constituir un método desleal de competencia". Igualmente se "sostenía" que la "mera compra" (the mere purchase) de la empresa competidora no estaba prohibida por ninguno de los dos textos, siempre que no tuviera por objeto acciones.

Durante la década siguiente siguióse con fidelidad la orientación anunciada, si bien con detalles y matices propios del caso individual. En operaciones de compra limitada a los elementos físicos, la Comisión fallaba sistemáticamente que la Ley no le confería poder: así, en los expedientes Victor Electric Corporation (marzo de 1919), que, por cierto, se

resolvió "sin especificación de motivos" (without reasons assigned); Armour and Company, que, iniciado en 1920, se resolvió en enero de 1926 con decisión absolutoria, en la que, a pesar de apreciarse también una operación de compra accionaria, se retenía como aspecto fundamental una adquisición anterior de activos; Illinois Glass Company (octubre de 1925), en que también se mezclaban actos de compra accionaria con adquisiciones fabriles, que constituían el hecho fundamental, y por fin, Midland Steel Products Company (febrero de 1926), que se sobreseyó en 1926 sin "especificación de motivos", después de haber sido acusada la firma de referencia de realizar los objetivos de su organización adquiriendo el capital y los activos de dos sociedades fabricantes de chasis y piezas de recambio de automóviles, si bien el Informe de la Comisión sobre prácticas monopolísticas en las industrias aclaró que la absolución se debía al "descubrimiento" de que la encartada no había adquirido, en absoluto, las acciones de aquéllas.

De lo anterior se deduce claramente que hacia fines de 1926 la Comisión había llegado a sentar una jurisprudencia definida: no procedía dar el auto de enajenación cuando no se habían adquirido acciones, sino, únicamente, títulos, o si a la obtención de acciones había precedido una compra de activos físicos o del negocio de la sociedad competidora en cuestión. Ahora bien, la Comisión tuvo que pronunciarse igualmente, y más de una vez, sobre el supuesto inverso, es decir, las compras masivas de activos materiales o del negocio completo de otra entidad como pago siguiente a la adquisición del respectivo capital accionario. ¿Qué hacer en casos en que la compra del elemento físico era consecuencia lógica, y poco menos que forzosa, de la previa adquisición de los títulos? ¿Atenerse a la letra estricta de la Ley CLAYTON y limitarse a un auto de enajenación de los títulos, dejando in-

tacta la transferencia de los activos fabriles o, por el contrario, incluir éstos en la orden desposesoria, interpretando extensivamente el artículo 7º? Prefirió la Comisión ampliar sus facultades represivas, invocando, en cierto modo el espíritu del legislador sobre o contra la letra de la Ley, y sostuvo concretamente que el Congreso se había propuesto combatir no tanto la materialidad en sí del traspaso de los títulos de capital como el resultado mismo de la restricción de competencia a través de adquisiciones intersocietarias, y que ~~de~~ nada valía, en definitiva, la desposesión forzosa de las acciones ilícitamente adquiridas si se toleraba la consolidación de su resultado tangible y funcional, que era la transferencia de los activos mismos.

Desde el punto de vista de la lógica económica, a la Comisión le sobraba lucidez, pero no era ésta la interpretación correcta de la Ley, no ya a la vista del artº séptimo, sino con referencia al proceso de su elaboración, inspirada ostensiblemente por el objetivo, mucho menos ambicioso, de dificultar la creación de sociedades holding, como se ha demostrado. Veamos algunos ejemplos prácticos.

El primer caso en que la Comisión dictó orden complementaria o accesoria, por así decir, sobre enajenación de activos físicos fue precisamente también el primero que suscitó la aplicación del artº 7º de la Ley CLAYTON por compra ilícita de acciones, a saber, el citado asunto de la Aluminum Company of America (Vide supra, página 106) o ALCOA. Desde 1915 hasta 1918 la Cleveland Metal Products Company había explotado un tren de laminación de aluminio, cuyo producto elaboraba luego en un 27% y vendía el 73% restante. Su único competidor en los Estados Unidos para laminado de más de treinta pulgadas era precisamente ALCOA. En 1918 Cleveland y ALCOA crearon juntas una tercera compañía, la Aluminum Rolling Mill Company, con participación de un tercio y dos tercios, respec-

pró el tren de Cleveland Co., y ésta, bajo la influencia de ALCOA, dejó de adquirir lingote para laminar, con lo que desapareció prácticamente el mercado norteamericano del producto extranjero, y dejó, asimismo, de fabricar y vender bandas de laminación. La Comisión juzgó que ALCOA había recurrido al artificio de la sociedad mixta para controlar el tren de laminado y la venta de su producto sin necesidad de recibir directamente el capital de Cleveland, y ordenó, en consecuencia, a la primera que vendiese su parte a persona o entidad que no tuviese relación con ella o sus filiales.

Confirmado el auto por el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito en 1922, y habiéndose negado el Supremo a la admisión de recurso alguno de certiorari, ALCOA tuvo que vender parte del paquete accionario, concretamente a la propia Cleveland. Ahora bien, la sociedad conjunta quedó en situación de insolvencia y dejó de funcionar, entendiéndose para compras de lingote con ALCOA, la cual se dispuso a licitar en la subasta judicial para obtener el tren de laminado, bien que la Comisión intentara impedirselo, solicitando del Tribunal de Apelación que reformara su auto para prohibir la operación, so pretexto de que se trataba de un débito fingido fraudulentamente y de que la adjudicación al acreedor ficticio desvirtuaría la finalidad perseguida por el artículo 7º de la Ley CLAYTON. El Tribunal estimó que, no habiéndose probado que la deuda fuese un fraude, no cabía reformar el auto, por no haber peligro de merma de la competencia, ya que ni la sociedad conjunta ni Cleveland se dedicaban al negocio del aluminio.

Así, desde el primer caso de aplicación del artículo 7º en sentido positivo, quedó planteada la contraposición de actitudes entre el órgano investigador y el Poder Ju-

dicial, pues mientras aquél sostenía que la Ley se proponía la preservación de la competencia y que, por lo tanto, era lícito adoptar todas las precauciones necesarias para salvaguardar la tensión competitiva, el Tribunal revisor se atuvo estrictamente a la letra del artº 7º.

También en los expedientes, ya nombrados, del ramo de conservas cárnicas, Armour and Co., Swift and Co. y Western Meat and Co., ordenó la Comisión la desposesión de activos materiales adquiridos como consecuencia directa de la compra previa de acciones. Así<sup>en</sup> el asunto Armour se demostró que la entidad acusada había adquirido la mayoría del capital de su competidora, E.H. Stanton Co., a cambio de que la segunda no se dedicara en diez años al negocio de conservas de carne en la zona Noroeste-Pacífico, y que Stanton había transferido a la Armour el derecho a explotar la fábrica misma, sin que la transmitente se disolviera como entidad jurídica. Orden semejante se dictó contra Swift, que había adquirido y puesto a nombre de sus empleados y directivos todas menos una (exactamente novecientas sesenta y cinco) de las acciones de Moultrie Packing Co., y acto seguido les había hecho votar en Junta de accionistas la transferencia del patrimonio físico de Moultrie. También se la acusaba de haber comprado íntegro el capital de otra competidora, Andalusia Packing Co., y de haber adquirido luego su negocio por procedimientos semejantes (85). La orden final mandaba a Swift que cesase y se abtuviese de seguir "infringiendo el artº 7º de la Ley CLAYTON", así como de "continuar dedicándose a métodos desleales de competencia", y la requería especialmente a vender no sólo los títulos así adquiridos, sino también los "frutos", o sea, las

---

(85) Tanto en este asunto como en el anterior de la Armour y en el siguiente de Western Meat Packing, la Comisión argumentó en su pliego inicial de cargos que, además de haberse infringido el artº 7º de la Ley CLAYTON, se había incurrido en "métodos desleales de competencia", según el artº 5º de la Ley de la Comisión Federal de Comercio (Vide infra, páginas 114-117).

Parecido fue el caso Western, aunque, entre ciertos matices peculiares, tenía el de que la Swift poseyera, a través de sus accionistas y directivos, el 45% de su capital, y de que los directivos de Armour and Company, Morris and Company y Cudahy Packing Company fuesen conjuntamente propietarios de otro 30%. En diciembre de 1916 Western Meat Company adquirió todas las acciones de Nevada Packing Company, competidora suya en la zona de California y Nevada, operación en la que ejerció influencia determinante el Presidente de Swift and Company. Previendo la posibilidad de que Nevada transfiriese sus activos físicos a Western antes de que se dictase el auto de enajenación, la Comisión se apresuró a requerir a la última a que "se desposeyera de todo el capital accionario de la firma comprada, de tal modo que en esa desposesión quedaran incluidos la fábrica y los activos de Nevada .... necesarios para dirigir y hacer funcionar a esta entidad como organización e instalaciones integral.."

En 1921 se inició el famoso expediente de la Thatcher Manufacturing Company, acusada de violar la Ley CLAYTON en su artº 7º. Desde 1905 hasta 1916 ó 1917 había sido la única fabricante de botellas de leche producidas por métodos totalmente automáticos, gracias a la exclusiva de que gozaba respecto a las máquinas patentadas de la Owen Bottle Company. Ahora bien, en 1916 ó 1917 otra sociedad, la Hartford-Fairmont Company, patentó un procedimiento también automático, cuya explotación concedió a varios fabricantes de botellas de leche. La Thatcher lanzó una ofensiva que, tras una serie de compras de títulos, le dio el control de esas firmas y, por lo tanto, los derechos exclusivos a utilizar entrambas patentes. Se transfirieron a Thatcher todas las instalaciones de tres sociedades rivales, que fueron disueltas, y además Thatcher compró el capital accionario de

cuarta, pero sin adquirir sus activos. La Comisión ordenó a la acusada que se deshiciere de todos los elementos físicos y patrimoniales, así como de los derechos industriales de las tres primeras, y de las acciones de Woodbury.

Finalmente, en el caso de la International Shoe Company (vide supra, página 108), que había adquirido todas las acciones de W. H. McElwain Company, iniciadas las actuaciones por la Comisión, la entidad adquirente, que mientras tanto había comprado también los activos físicos, quiso evitar que la investigación siguiese adelante, vendiendo ostensiblemente los títulos de referencia. La Comisión estimó que, en puridad, International Shoe no había enajenado el capital de McElwain y, como esos activos eran resultado directo de una compra ilícita de acciones, decretó que International debería renunciar también a ellos.

La conclusión que se infiere de las causas examinadas ofrece un balance más bien favorable sobre los propósitos de la Comisión en orden a perseguir y desvirtuar no sólo formalmente, sino con efecto positivo, los ayuntamientos y concentraciones incompatibles con la libertad real de competencia. Nadie podrá reprochar a los Comisarios que no se atuvieran estrictamente a la letra de la Ley CLAYTON; por el contrario, trataron de sacrificar o, mejor dicho, de forzar en sentido extensivo el texto para preservar su espíritu (lex minus dixit quam voluit), a saber, la salvaguardia del mismo nivel de competencia que existía antes de la infracción, y verdaderamente mal cabía lograr el objetivo si no se requería a la entidad adquirente a enajenar los activos físicos, además de los títulos mismos. Ahora bien, la bien llamada política interpretativa y ejecutiva de la Comisión fue objeto de sistemática revisión por el Poder Judicial, y sobre todo, por el Tribunal Supremo, en términos que casi no quedó auto sobre auto del dispositivo montado a lo largo de un decenio de en-



cuestas y resoluciones.

c' - Aplicación del concepto legal de "competencia desleal".— En diversos expedientes incoados con motivo de compras de activos físicos con anterioridad a la adquisición de acciones o sin que concurriera esta última, exactamente en dieciséis de los treinta y ocho incoados durante los años 1915 a 1926, adujo la Comisión que se había infringido, además, el artº 5º de su propia Ley fundacional, prohibitivo de los "métodos desleales de competencia" (unfair methods of competition). Ahora bien, la solución adoptada en cada uno de ellos se basó claramente en el artº 7º del texto CLAYTON, tanto por el criterio de ilegalidad escogido como por las facultades que confería al órgano el artº 11 ya resumido en otro epígrafe. Es, en efecto, concluyente que en los casos en que no se halló prueba satisfactoria para sustanciar el cargo de infracción de la Ley CLAYTON la Comisión no dictara ninguna orden de enajenación. En otras palabras, no hubo un solo asunto en que la Comisión juzgase que el artº 5º de su Ley creadora la facultaba por sí solo para decretar auto desposesorio. La razón, al menos aparente, del cargo de violación simultánea de entrambos preceptos era que la Comisión interpretaba la compra de títulos de capital de entidades competidoras como ejemplo o especie de la figura genérica de "competencia desleal", y que ésta, y no otra, había sido la intención del Congreso legislador (86).

De los restantes veintidós casos instruidos bajo el artº 7º antes de finalizar el año 1926, la Comisión informó que once se habían incoado por "métodos desleales de competencia", aunque no se mencionaba el artº 5º. En otros dos se citaban entrambas disposiciones, pero la invocación

---

(86) Como apunta DAVID MARTIN (op. cit., pág. 94), la realidad es que el artº 5º lo añadió la Comisión de Comercio Interestatal del Senado para arbitrar una disposición equivalente a los preceptos sustantivos del proyecto CLAYTON, de cuya tramitación se había encargado el Comité Judicial.

sino de otras practicas, y por fin, en los otros nueve asuntos no existían circunstancias objetivas indicadoras de que la Comisión tuviese razón especial para no considerar las operaciones de adquisición como constitutivas también de métodos desleales contrarios al repetido precepto de la Ley fundacional; todo lo cual parece confirmar la impresión de que los Comisarios concebían las compras de capital o activos materiales como subespecie de la competencia ilícita.

Por lo demás, en el período de referencia se iniciaron diversos expedientes fundados adrede en presunta violación del artículo 5º, sin que se citase el 7º. Así, en 1922 se acusó a la Bethlehem Steel Corporation (entonces y aún hoy la segunda empresa siderúrgica del país) y a la Lackawanna Steel Corporation de prácticas desleales en el sentido de que "los demandados, al tomar parte en un acuerdo de agrupar o refundir sus propiedades, negocios y participaciones en una empresa común, en virtud de lo cual las propiedades, participaciones y negocios de Lackawanna... deberán ser adquiridos por ... Bethlehem,... van ... a efectuar una asociación que controlará porcentajes sustanciales de la fabricación de ciertos productos de hierro y acero ....., especialmente en el Estado de Ohio y todo el territorio al Norte del río Potomac y al Este de ese Estado, integración ... que tendrá peligrosamente a estorbar y mermar la competencia y a restringir el tráfico y comercio, así como el pacto constituye tentativa de monopolizar...". Aunque no se recurriese al artículo 7º, se redactaba la acusación de tal modo que se la pudiese ponderar con los módulos de ilicitud de la Ley CLAYTON. La razón de que únicamente se invocase el artículo 5º del otro texto era, al parecer, que no se había efectuado compra alguna de títulos de capital. Sin embargo, el expediente se sobreseyó (febrero de 1923) sin desembocar en la

base de juicio, y sin "especificación de motivos".

El segundo caso fue otro incoado en 1923 contra la propia Bethlehem Steel Co. y varias sociedades cuyos activos había adquirido aquélla, si bien la Comisión invocó, además, la Ley CLAYTON y los artículos 1º y 3º de la Ley SHERMAN. El fundamento era que todo acto contrario al orden público, tal como éste se concebía en las Leyes CLAYTON y SHERMAN constituía un método desleal de competencia y, por lo tanto, sujeto al ámbito material de la Comisión (87).

Consignemos, por fin, que la Comisión dictó un solo auto de enajenación como resultado de cargos únicamente fundados en el concepto de "competencia desleal". Fue en 1923 contra la mundialmente conocida Eastman Kodak Company, que habiendo comprado tres laboratorios equipados para fabricar impresiones positivas para películas de cine a partir de negativos cinematográficos, se había entendido con otros productores para abstenerse de explotar esas instalaciones mientras las demás compañías adquiriesen todos sus suministros de películas a fabricantes americanos de cintas. La Comisión vio en la maniobra una "colusión o agrupación restrictiva del tráfico" cuyo efecto era mantener, retener y extender el monopolio de Eastman Kodak en la fabricación y venta de películas cinematográficas positivas, y mermar sustancialmente la competencia en la venta de este artículo. Consiguientemente, se dictó auto que obligaba a las entidades acusadas a "cesar y desistir de conspirar, agruparse, asociarse, pactar y cooperar", y específicamente a Eastman Kodak a vender los tres laboratorios a partes ajenas a la agrupación. La Comisión juzgó, probablemente, que el efecto de las adquisiciones y prácticas conexas no había sido el mismo que el pro

---

(87) El caso se encontraba aun pendiente de solución en 1926, y no llegó a sustanciarse en vía judicial, seguramente porque, a la vista de las primeras sentencias revisoras del Supremo, la Comisión decidió abandonar la lucha.

hibido por las Leyes SHERMAN y CLAYTON, y como no tenía jurisdicción sobre las infracciones de la primera ni tampoco, en virtud de la segunda, sobre adquisiciones no accionarias, acudió al recurso de interpretar que el artº 5º de su Ley fundacional era extensivo a los hechos comprobados en el expediente. Más adelante reseñamos la revisión judicial del caso.

b). Interpretación de los Tribunales.

De 1926 a 1934, los diversos escalones del Poder Judicial repasaron sistemáticamente los principales acuerdos de la Comisión. Siguiendo el mismo orden del apartado a), examinemos primero la línea interpretativa del Supremo en cuanto al módulo de ilegalidad o ilicitud del artículo 7º, y a continuación la actitud adoptada por la Administración de Justicia ante adquisiciones de activos físicos fruto de compras ilícitas de acciones.

a' - Jurisprudencia sobre el módulo de ilegalidad (standard of illegality).- Sólo en una ocasión (International Shoe Company) examinó el Tribunal Supremo la interpretación de los Comisarios sobre el significado material del artº 7º, pero antes y después de la sentencia correspondiente los Tribunales de Apelación de Circuito ejercieron labor revisora.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de circuito, espiguemos los pronunciamientos más llamativos. Con motivo del asunto ALCOA, el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito falló en 1922 que "merma de competencia" (lessening of competition) y "tendencia al monopolio" (tendency toward monopoly) no son necesariamente conceptos sinónimos, y que puede incluso darse la segunda sin que se haya menguado la competencia entre adquirente y adquirida. Asimismo declaró innecesario -con un voto en contra- que hubiese existido competencia de hecho entre las dos sociedades para que se pudiera

apreciar merma sustancial de competencia, ya que la Ley preveía tanto la competencia "potencial" (potential competition) como la efectiva (actual competition).

Por desgracia, la Comisión no supo o no quiso aprovechar la ventaja que le confería esa interpretación literal, como lo prueba que sus resoluciones en los tres casos de la industria de conservas cárnicas y en el de Thatcher Company postulasen la demostración de la existencia previa de lucha efectiva y que, en otros casos, calificasen la merma de competencia como sinónimo de tendencia al monopolio. El resultado fue que en asuntos posteriores los Tribunales revisaron autos basados en un criterio mucho más estrecho y literal que el esbozado por el Tribunal del Tercer Circuito a propósito de ALCOA, y que, a pesar de confirmar los acuerdos del órgano a quo, o quizá por eso mismo, adoptaban, deliberadamente o no, su mismo planteamiento básico, con lo que a la larga la Comisión restringió su propio radio de acción. Concretamente, en el caso Western Meat Company, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito confirmó la deducción de los Comisarios de que existió una competencia "activa y sustancial" entre Western y Nevada Packing Company, y que, por lo tanto, la adquisición había reducido sustancialmente esa competencia (con lo que implícitamente se admitía que para haber disminución notable era precisa, no simplemente una rivalidad potencial o posible, sino una lucha real), y sobre todo en el caso Swift and Company, el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito interpretó que, aun siendo el módulo de la Ley CLAYTON más amplio y flexible que el de la Ley SHERMAN, era necesario que hubiese existido competencia sustancial antes de la adquisición.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación del criterio de ilegalidad, el caso más importante fue, con mucho, el de International Shoe Company. Como se recordará, la Co-

misión había juzgado que la compra por International de la sociedad McElwain Shoe violaba el artículo 7º de la Ley CLAYTON y ordenado, en consecuencia, a la adquirente que se deshiciese de los títulos y activos físicos de la entidad comprada. International Shoe recurrió al Tribunal de Apelación del Primer Circuito y éste desestimó el recurso, confirmando el fallo de la Comisión. La acusada obtuvo recurso de certiorari ante el Tribunal Supremo, el cual casó la sentencia del inferior (88). Los principales fundamentos de impugnación del auto despose-sorio eran que no había existido "competencia sustancial" antes de la operación y que, en el momento de la compra, el estado financiero de McElwain conducía ineluctablemente a la venta o liquidación del negocio, vedando toda perspectiva de competencia futura; el Supremo los consideró determinantes y declinó, en consecuencia, el examen de los restantes aspectos.

La realidad es que fue la propia Comisión quien pre-determinó la interpretación judicial del caso, por haber desarrollado una hermenéutica que insistía en la necesidad de probar la previa competencia efectiva en grado sustancial y subrayaba la importancia prioritaria de las relaciones entre los protagonistas siempre que por las circunstancias y condiciones concretas del mercado, repercutiese un acto de participación mayoritaria o de compra en la estructura del sector. Así quedaban los Tribunales en situación de tomar como módulo el enfoque que la Comisión misma había aplicado, a saber, centrarse preferentemente en la cuestión de si la rivalidad comercial entre las dos firmas había sido o no manifiesta y apreciable. Pues bien, el Supremo atacó el nudo y, a diferencia de los considerandos del órgano instructor, trató de formular una racionalización legal de su pronunciamiento, mejor dicho de apurar el concepto de competencia desde una óptica jurí-

---

(88) International Shoe Company v. Federal Trade Commission  
(1930), 280 U.S. 291.

dica.

El Supremo concluyó que, si bien entrambas sociedades se habían dedicado a la venta de zapatos de cuero de vestir a diversos clientes que los revendían al por mayor o al por menor en diversas zonas del mismo grupo de Estados, no abastecían los mismos mercados. Justamente en el sentido de la palabra mercado residía el matiz decisivo. La sentencia retuvo, en efecto, que mientras los zapatos de International Shoe estaban hechos totalmente de cuero y eran de mejor calidad para uso diario, los de McElwain usaban en cierta medida productos sustitutivos del cuero, estaban mejor terminados y eran de "apariencia más moderna", por lo que se vendían preferentemente en las grandes ciudades como prendas propiamente de vestir. Hasta la política comercial de entrambas firmas difería: McElwain solía tratar con mayoristas, o sea almacenes de poblaciones importantes, etc.), mientras que International se relacionaba, sobre todo, con agentes y representantes de calzado en localidades menores. McElwain indicaba en el zapato el nombre del representante o agente local cuando éste se lo pedía, lo cual le aseguraba el apoyo de esos negociantes, cosa que International rehusaba. Los testimonios considerados señalaban, por otra parte, que el noventa y cinco por ciento de las ventas de McElwain se hacía en poblaciones de diez mil o más habitantes; mientras que el noventa y cinco por ciento de las ventas de International se localizaba en ciudades pequeñas de seis mil habitantes o menos.

En definitiva, el fallo sostenía que para que se pudiese hablar de competencia sustancial entre dos empresas, tenían que vender las dos en un mercado definido por la mayoría de las notas de la competencia pura - producto absolutamente homogéneo que supusiera, además, proporción superior al cinco por ciento de las ventas de cada una, si vendían más

de un artículo e identidad de clientes. A tenor del razonamiento, el Supremo habría tenido que preguntarse no sólo en qué medida los productos de entrambas firmas eran indiferenciados y capaces, por lo tanto, de satisfacer las mismas necesidades de todos los consumidores, sino también en qué grado los mismos consumidores adquirirían, efectivamente, artículos de una y otra a la vez. Sin embargo, al Alto Tribunal no pareció siquiera reparar en que existía cierta competencia entre dos empresas, si una porción, incluso marginal, de la demanda del tipo general del artículo podía ser cubierta por cualquiera de ellas, como había sucedido alguna vez, según la encuesta de la Comisión. Igualmente ignoró la posibilidad de que la competencia quedase mermada por la desaparición de una firma que, como McElwain, tenía al fin y a la postre capacidad potencial de ofrecer un artículo con características y a precios tales que un porcentaje significativo de los clientes de International habría pasado quizás a McElwain. Ni tampoco se avino a reconocer que la empresa adquirida habría podido seguir compitiendo con su adquirente, de igual modo que en el pasado y, por el contrario, se limitó a retener que la situación financiera de McElwain hacía insignificantes sus posibilidades de perdurar en el mercado.

La opinión mayoritaria concluyó: "Queda claro, pues, que respecto al noventa y cinco por ciento del negocio no había de hecho competencia ni lucha o tendencia observada de lucha en el mercado por atraerse a los mismos compradores; y es evidente que, eliminando lo anterior, el resto es de tan poca importancia que quita fundamento real a la apreciación de que existía competencia sustancial entre las dos corporaciones".

Ahora bien, lo que antecede no fue, en definitiva, a nuestro juicio, la afirmación más inquietante. Lo verdaderamente nuevo y sorprendente en la sentencia era la adopción de la "regla de razón" (rule of reason), o sea, el mismo cri-



había matizado (y, hasta cierto punto, desvirtuado) la aplicación de la Ley SHERMAN, si bien esta vez no se aducía la expresión. Sentado que no había existido propiamente competencia entre los protagonistas, la opinión mayoritaria del Alto Tribunal afirmaba que lo poco que de competencia se había observado en sentido estricto, no era "sustancial", arguyendo que el artículo 7º de la Ley CLAYTON respondía al deseo de "proteger al público contra los males que previsiblemente derivarían de la merma indebida de competencia", y que, en consecuencia, "la simple adquisición por una corporación del capital de un competidor, aun cuando de ella pueda resultar cierta disminución de la competencia, no está prohibida; la Ley únicamente trata de las adquisiciones que probablemente vayan a originar una merma de la competencia en grado sustancial ... es decir, en un grado que afecte perjudicialmente al público".

Así, a los quince años de su promulgación, la Ley CLAYTON sufría, por así decir, su primera capitisdiminutio o, cuando menos, edulcoración, por el mismo camino -mejor diríamos rodeo- que su antecesora la Ley SHERMAN, a saber, en virtud de una interpretación benévola según la cual no se prohibía determinada figura por el simple hecho de que fuese restrictiva de la competencia, sino sólo en tanto en cuanto perjudicase el interés público.

El Juez STONE emitió un voto particular, que firmaron también los Jueces HOLMES y BRANDEIS, figuras en la historia del foro norteamericano, y por el que se formulaban graves reproches a los autores de la sentencia, entre otros el de que desconocieran la fuerza vinculante de los resultandos de la Comisión, ya que cumplían el requisito legal de fundamentarse "en testimonios" (supported by testimony). Se argumentaba concretamente que había existido competencia efectiva

zaban a las mismas comunidades locales a través de diferentes canales de distribución: los de International, mediante ventas directas a minoristas de todos los Estados Unidos; los otros, de la McElwain, a través de ventas en treinta y ocho Estados, principalmente a mayoristas que, situados en ciudades importantes, revendían, a su vez, al comercio minorista. Sin embargo, el cogollo del voto particular era la interpretación que brindaba la controvertida noción de "competencia sustancial", y en este punto STONE afirmaba sin rebozo que por estos vocablos se entendía la situación en que dos firmas ofrecieran en venta productos de "la misma categoría genérica" (of the same general type), capaces de satisfacer usos similares, al mismo "grupo general de clientes potenciales" (the same general group of potential customers). En honor a la verdad, esta interpretación parecía ser más adecuada a la realidad económica del siglo XX, caracterizada por la enorme diversificación de los productos y artículos y por la competencia, no tanto entre fabricantes de la misma mercancía como entre las mercancías mismas, es decir, entre productos que por su similitud y su capacidad concurrente para satisfacer determinada necesidad, se califican en Teoría Económica de "bienes sustitutivos". Pronto operaría la gravitación psicológica de la nueva jurisprudencia. Efectivamente, a los dos años, se sustanciaron a nivel de Tribunal de Circuito dos recursos que, con motivo de acuerdos desposesorios de la Comisión, impugnaban la interpretación literal del artº 7º de la Ley CLAYTON.

En octubre de 1928, la Comisión expedientó a la empresa carbonífera Temple Anthacite Coal Company, que cuatro años antes había comprado íntegro el capital de la Temple Coal Company y el noventa y ocho por ciento del de East Bear Ridge Colliery, con el resultado de que se redujo sustancialmente la

competencia entre las dos últimas. En los hechos quedó patente que entrambas firmas adquiridas se dedicaban a la extracción y venta de los mismos tipos y grados de antracita, es decir, que negociaban con un producto homogéneo, y que vendían la cuarta parte de la producción a clientes de Pennsylvania, y si bien era cierto que cada una canalizaba sus ventas a través de distribuidores diferentes, se consideraba que, en definitiva, la mercancía de las dos se vertía en las mismas zonas y en algunas zonas a los mismos clientes. La Comisión juzgó que la operación había desvirtuado notablemente la pugna entre las dos sociedades y ordenó, en consecuencia, a la poseedora de los títulos comprados que enajenase el capital de una y otra.

La Temple Anthracite recurrió al Tercer Tribunal de Apelación, el cual por dos votos contra uno sentenció, en 1931, que las conclusiones de la Comisión no se apoyaban en pruebas suficientes, concretamente, sobre la relación entre las ventas de Temple Coal y Bear Ridge Valley y las ventas totales de antracita del mismo tipo y calidad en la región, y que de lo averiguado acerca del valor total de lo producido por ambas, parecía deducirse que esa proporción no podía ser considerable. También arguyó el Tribunal la no demostración de competencia inmediata entre las dos minas. Sólo había pruebas de competencia indirecta, o sea, a través de las distribuidoras de cada una, que de todos modos continuaban distribuyendo el carbón con la misma política de mutua competencia que antes de la operación.

Es interesante consignar brevemente el voto particular del Juez WOOLLEY, por su fidelidad a los conceptos de la Teoría Económica, y, por supuesto, al texto literal de la Ley CLAYTON. Afirmó que el cargo formulado trataba exclusivamente de la reducción de competencia entre las dos compañías adquiridas por Temple Anthracite, no de la reducción de

competencia entre esas entidades y otras del mismo sector. A su juicio, la Temple Anthracite había logrado, actuando como compañía holding, el control absoluto de las dos firmas y, por consiguiente, también la capacidad de decidir qué pedidos aceptaría y cuáles rechazaría cada una de ellas, facultad que anteriormente ejerciera con entera independencia. Lo significativo y útil de este planteamiento era la concepción de la "competencia" como facultad de que goza una firma para declinar pedidos, a menos que le parezcan aceptables las condiciones, y en el caso concreto de Temple Anthracite, WOOLLEY estimaba que sus dos adquisiciones habían capitidisminado la independencia económica de las firmas compradas, desde el momento en que, al decidirse por la aceptación o el rechazo de una oferta de compra, ninguna de las dos se sentiría ya influida por el temor, o simplemente, por la prevención de cómo reaccionaría la otra.

La Comisión decidió por mayoría de sus miembros solicitar permiso para interponer recurso de certiorari ante el Supremo, pero el Abogado General (solicitor general) se pronunció en contra.

Meses después, en el mismo año 1931, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito dictó una sentencia similar a la expuesta, en virtud de recurso contra el auto de enajenación dictado en el caso V. Vivaudou, Inc. (89), a la que en mayo de 1927 la Comisión había acusado de adquirir el capital accionario de dos competidoras en la venta de artículos de perfumería, cosméticos y droguería. El asunto difería del anterior en que los artículos vendidos por las tres firmas eran marcas altamente diferenciadas, con su respectiva publicidad específica. La instrucción concluyó que las dos operaciones habían reducido el comercio y tendido a crear un monopolio, así como a rebajar sustancialmente la competencia entre las firmas compradas, a la vista de sus volú-

---

(89) V. Vivaudou v. F.T.C. (1931) 54 Fed.Rept., 2d Ser 263

menes de venta durante los dos años inmediatamente anteriores. Sin referirse a la estructura del mercado nacional, la Comisión dictaminó que cada una de las firmas había sido uno de los factores importantes en la industria a que se dedicaba, y dictó el consiguiente auto desposesorio, que no sólo afectaba a los títulos accionarios, sino también a los activos de las dos compañías compradas.

Por unanimidad el Tribunal de Apelación revocó el auto, reteniendo que, según las pruebas aportadas, el volumen global de ventas anuales en el sector ascendía aproximadamente a ciento veinticinco millones de dólares (mientras que el de una de las tres empresas había sido de dos o tres millones antes de la compra de sus títulos). El Tribunal afirmaba: "No puede haber tendencia monopolística en la adquisición del control de patrimonios que añadían cinco millones de dólares al volumen del acusado, que era de tres millones, si se toma en consideración el total del negocio en el país, que importa, por lo menos, ciento veinticinco millones". A mayor abundamiento, existían de trescientos a quinientos fabricantes de perfumes y cosméticos, así como unos tres mil productores de polvos faciales, y por otra parte, no se había comprobado incremento alguno en los precios, reducción del volumen producido, o reparto del territorio en zonas de influencia. El Tribunal retuvo las manifestaciones testimoniales sobre el dato de que las firmas habían hecho sus mayores cifras de venta en artículos diferentes, y de que la entidad expedientada había efectuado las adquisiciones para estimular su facturación precisamente en los renglones de artículos de tocador, en que sus ventas eran pequeñas.

La Comisión votó contra la idea de promover recurso de certiorari.

En realidad, la estructura del mercado de cosméticos respondía caracterizadamente al modelo de competencia mo-

nopolística, que magistralmente describiría E. H. CHAMBERLIN el año siguiente en su tesis doctoral del mismo título sobre la situación en que el producto se diferencia por variedades que más o menos sustitutivas y no completamente fungibles, convierten a cada oferente en monopolista de su propia marca o especie. Con arreglo al precedente de International Shoe, en que se observó una estructura semejante, era muy difícil para cualquier Tribunal de Apelación fallar en sentido que no fuera revocar el auto desposesorio. De todos modos, el fallo no dejaba de basarse en una interpretación discutible y peligrosa, que muy bien podía abrir vía a concentraciones susceptibles de resbalar por pendientes monopolísticas. El simple hecho de que el volumen de ventas de las firmas integradas fuese de ocho millones de dólares y el volumen total del negocio en la nación de ciento veinticinco millones de dólares, no excluía necesariamente la posibilidad de que quedase la competencia sustancialmente mermada en el mercado de algunos de los artículos en determinadas partes del país.

En resumen, la actitud de la magistratura ante el artº 7º de la Ley CLAYTON recortó, casi diríamos, desvirtuó, sus posibilidades de aplicación autónoma. No olvidemos que el significado literal del precepto prácticamente proscribía de modo automático toda compra de participaciones accionarias, ya que forzosamente toda operación de esta índole tendría, por consecuencia, la desaparición de toda pugna comercial entre los protagonistas. Pero no atreviéndose a extraer esta deducción lógica (quizá, por su rigor), el Supremo "eludió la responsabilidad de dar un contenido específico a la Ley (CLAYTON), volviéndose hacia el criterio de ilegalidad de la Ley SHERMAN" (DAVIDD. MARTIN, op. cit., pág. 146, in fine).

b' - Jurisprudencia en materia de adquisición de activos físicos. - En una serie de casos que empezó con tres

sentencias conjuntas (23 de noviembre de 1926) y terminó con el asunto Arrow-Hegeman, en 1934, el Supremo revisó sistemáticamente la política seguida por la Comisión acerca de las transferencias de activos físicos efectuadas al socaire de compras de títulos accionarios de la empresa propietaria. Los tres expedientes simultáneamente resueltos fueron Western Meat Manufacturing Co., Thatcher Manufacturing Co. y Swift & Co., y, en los párrafos inmediatos, resumimos así sus vicisitudes procesales como la solución final.

Disconforme con el auto desposesorio, la Western Meat recurrió al Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que en septiembre de 1924 dictó sentencia plenamente confirmatoria. La sociedad solicitó y obtuvo una nueva vista del caso (rehearing), y en febrero del año siguiente el Tribunal modificó su pronunciamiento, disponiendo que se eliminara del auto la prohibición de transferencia de los activos físicos de la compañía adquirida a la Western Company (90). El Tribunal exponía, justificando su nuevo fallo, que en virtud del artículo 11 de la Ley CLAYTON, la Comisión sólo podía obligar a la empresa culpable a que desistiera de las prácticas de infracción del texto legal, concretamente la posesión de títulos de empresa dedicada al mismo ramo industrial o mercantil, sin que fuera posible extender esas facultades de modo no previsto por la propia Ley.

Ahora bien, como la Comisión había basado también su auto en el artículo 5º de su Ley genitriz, la sentencia se refería expresamente a este cargo, para terminar reforzando la conclusión de que el órgano instructor carecía de facultad legal para ordenar desposesión de activos materiales. Efectivamente, el artículo hablaba de "métodos desleales de compe-

---

(90) Como se recordará, la Comisión temía que antes de la enajenación forzosa de los títulos de Nevada Company, la Western hiciese que Nevada le vendiera sus activos fabriles, y por eso había dictado auto de enajenación que abarcaba entrambos elementos.

tenencia" y de que la Comisión podría obligar a los autores a "cesar y desistir" en esas prácticas; por lo cual, argumentaba la magistratura que lo único que se podía legalmente disponer era la interrupción, la suspensión de la tenencia ilícita de acciones de una competidora, pues sólo en eso, y no en la compra de activos, consistía el cargo. Implícitamente la sentencia contestaba en sentido negativo a la interrogante de si la adquisición y tenencia prolongada de elementos físicos conseguidos mediante la compra previa de acciones constituía método desleal de competencia. Desgraciadamente el Tribunal no razonó su conclusión, vacío tanto más sorprendente cuanto que, como se ha dicho, su segundo fallo reformaba el anterior en el mismo punto.

Por su parte, Swift and Co. recurrió ante el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito, que en febrero de 1925 emitió fallo absolutamente ratificador (no mencionaba el artículo 5º de la Ley creadora de la Comisión, a pesar que el auto se había basado tanto en este precepto como en el séptimo de la Ley CLAYTON). El recurso no negaba la facultad del órgano instructor para ordenar la disposición de los activos materiales, pero impugnaba el criterio de ilegalidad adoptado.

Finalmente, Thatcher se había opuesto a la ejecución del auto desposesorio, y al acudir la Comisión ante el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito para obtener un fallo ejecutivo, la sociedad se defendió alegando que, en realidad, no había adquirido los títulos de las otras tres compañías (Essex, Travis y Lockport) sino únicamente sus activos físicos, que los títulos del capital los había comprado su presidente a título estrictamente personal, y que, por otra parte, la Comisión no estaba legitimada para mandar desposesión de otra cosa que títulos de capital. El Tribunal estimó, por el contrario, que Thatcher adquirió los títulos accionarios, aunque indirectamente, y en cuanto al último punto,



sostuvo que la Ley no se limitaba a castigar, sino que procuraba arbitrar remedios: "No en todos los casos puede la Comisión decidir sobre bienes adquiridos a través de la compra de acciones, pero cuando, como sucede en éste, la corporación... ha despojado de su valor a los títulos y, por lo tanto, la simple disposición del capital dejaría a la compañía en plena posesión de los frutos íntegros de la transacción prohibida, opinamos que la Ley faculta a la Comisión para ejecutar su misión extendiendo su poder al patrimonio físico (property)".

Surgía discrepancia entre los Tribunales de Circuito, pues mientras todos estimaban que las adquisiciones accionarias constituían violación del artº 7º del texto CLAYTON, el del Noveno Circuito afirmaba que ni esa Ley ni la creadora de la Comisión legitimaban al departamento para dictar autos de enajenación de elementos físicos; el del Séptimo aprobaba una orden de esta naturaleza sin considerar explícitamente el asunto y el del Tercero, sin retener la Ley de la Comisión Federal, apoyaba otra orden desposesora, declarando de modo general la licitud de todo auto de enajenación de bienes adquiridos como resultado de una compra ilegal de acciones.

El Tribunal Supremo otorgó recurso de certiorari en los tres casos, los examinó conjuntamente y dictó sentencia común en noviembre de 1926, la cual casaba los tres fallos a quo. Se establecía un distingo sugestivo, según que al dictar la Comisión su auto de enajenación de las acciones no se hubiese consumado aún la transferencia de la fábrica y las instalaciones, o que se hubiese efectuado ésta con anterioridad a la acusación.

En el caso Western Meat, consideraba el Supremo que la única manera de restablecer el nivel anterior de competencia consistía precisamente en ordenar a la adquirente que se des-

hiciera no sólo de las acciones, sino también de los bienes físicos, y concluía confirmando el auto de la Comisión, indebidamente mutilado, a su parecer, por el auto de la Comisión. En cambio, en el asunto Thatcher, decía: "La Ley (CLAYTON) no es de aplicación a la posesión del negocio y patrimonio físico de un competidor adquirido antes de que la Comisión haya emprendido acción alguna, aun cuando esa posesión se haya logrado mediante acciones ilegalmente adquiridas... La Comisión carece de autoridad en estas circunstancias". En cuanto al expediente Swift, se resolvía casi idénticamente: "...Como se ha dicho en el nº 213 (el caso Thatcher), la Comisión carece de autoridad para obligar a quien haya adquirido la propiedad y posesión de bienes físicos antes de haberse incoado procedimiento contra él, a que se despoje de ellos, aunque los haya obtenido mediante compra ilícita de acciones. Son los Tribunales quienes deberán arbitrar el remedio que sea posible en una situación de tal naturaleza".

En 1934 la sentencia del caso Arrow-Hart y Hegeman asestó aparentemente un "golpe mortal" (DAVID D. MARTIN, op. cit., pág. 118) al artº 7º de la Ley CLAYTON, al decidir por cinco votos contra cuatro que aun cuando la Comisión hubiese formulado acusación de efectuarse una transferencia de instalaciones, ya podía ordenar la enajenación.

En octubre de 1927, se organizó la Arrow-Hart and Hegeman Company como sociedad holding para adquirir todas las acciones con derecho a voto de la Arrow Electric Company y de la Hart and Hegeman Manufacturing Company, las cuales fabricaban y vendían accesorios para conducción eléctricas. Como resultado de la operación, Arrow Hart and Hegeman, se convirtió, según la Comisión, en "el mayor productor de conductores eléctricos en los Estados Unidos y toda la competencia que había existido entre las dos compañías fabricantes quedó eliminada". El órgano instructor acusó a la holding

en marzo de 1928, pero antes de la recogida de testimonios se organizaron dos nuevas holdings a las que se asignó el capital de las dos sociedades propiamente industriales, mientras que la holding primitiva se disolvía. Por fin, hacia diciembre de aquel año, se fusionaban, conforme a las leyes de Connecticut, las dos entidades fabriles y las dos holdings, en vista de lo cual en junio del año siguiente la Comisión impugnó a la nueva firma, titulada Arrow-Hart and Hegeman Electric Co., ordenándola que se desprendiera de las acciones y de las instalaciones fabriles de la Arrow o de las de Hart and Hegeman, a su elección. La sociedad recurrió ante el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, el cual confirmó el auto, estimando<sup>que si</sup> a una sociedad que ha adquirido acciones de otra en contravención de la Ley CLAYTON, se le manda que las venda, debe proceder con la "mayor buena fe" (the utmost good faith) a eliminar la concentración provocada. Como el proceso impugnado había sido posterior al auto de enajenación y dado un control total a la nueva holding, el Tribunal concluyó, basándose expresamente en el caso Western Meat, que la Comisión estaba facultada para disponer también la transferencia forzosa de los activos fabriles.

Por boca del Ponente ROBERTS revocó el Supremo, si bien por un solo voto de mayoría, el fallo del Tribunal inferior, tras el consabido argumento de que la oficina instructora sólo era una dependencia administrativa sin más poderes que los conferidos expresamente por la Ley y ayuna, desde luego, de facultades de un tribunal de "equity" para dictar medidas reparatorias de otra índole que las legales, con lo que denegaba a la Comisión autoridad para decretar la desposesión en circunstancia alguna de bienes materiales. Ahora bien, ¿cómo conciliar el pronunciamiento con el fallo del caso Western Meat? El Supremo argumentaba que "cuando las acciones adquiridas en violación de la Ley están aún en posesión de la compañía in-

fractora, cabe complementar la orden desposesoria disponiendo que durante el proceso no adquiriera el infractor los bienes físicos representados por las acciones patrimoniales (aquí se citaba nominativamente el asunto Western Meat). En el presente caso, el capital adquirido contra lo dispuesto en la Ley, ya no se hallaba en posesión de la compañía holding al dictar la Comisión su auto".

La interpretación transcrita surtía prácticamente el efecto de obligar a la Comisión a proceder con premura en sus autos de enajenación forzosa para evitar que, apenas formulados los cargos iniciales, la compañía adquirente utilizara el capital comprado para consumir la adquisición del patrimonio físico del ente competidor y disolver éste (DAVID D. MARTIN, op. cit., págs. 20-21).

La Comisión aceptó prácticamente la sentencia como derrota inapelable y en los años posteriores centró sus esfuerzos en que se revisara la Ley CLAYTON, concretamente que se prohibiera la transferencia de activos físicos entre competidores, para que se llenase así una laguna que ya tenía nombre en la terminología antitrust: "the assets loophole", o sea el agujero, la trampa de los activos físicos.

También se planteó el tema como cuestión central a propósito de la Eastman Kodak (vide supra, pág.     ), que recurrió ante el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en solicitud de que se reformara el auto desposesorio. El Tribunal falló (con un voto en contra) que la Comisión se había equivocado (had erred) en juzgar que la adquisición de los tres laboratorios de películas positivas constituía un método desleal de competencia y, en segundo lugar, y esto era lo decisivo por ser un pronunciamiento general, que no podía ejercitar una facultad típicamente judicial, como era la de mandar "a un ciudadano que venda bienes adquiridos en el ejercicio de un negocio", mientras no gozase de poderes legales ex-

presos.

El Supremo otorgó el recurso de certiorari a la Comisión y dictó su fallo en 1927, meses después de la sentencia Swift, Western Meat y Thatcher. Por mayoría de votos se confirmaba el acuerdo del Tribunal a quo, aunque se indicaba que no hacía falta examinar si la Comisión tenía razón o no al calificar la compra como método desleal, y que lo importante era centrarse en el nudo de si estaba facultada para ordenar la enajenación de activos físicos, punto en el que la sentencia era categórica: la Comisión disponía únicamente de poderes "administrativos", no "judiciales"; no se le había delegado función ni autoridad propia de un Tribunal de "equidad". Carecía, por consiguiente, de título para forzar a la compañía a desprenderse de los tres laboratorios adquiridos antes de que se incoara procedimiento.

c' - Conclusión. - La exposición ilustra las vacilaciones y tendencias contradictorias de la jurisprudencia federal, y demuestra que, en conjunto, el Tribunal Supremo procedió en sentido más bien inmovilista, con hermenéutica excesivamente literal, privando a la joven Comisión de funcionar con verdadera eficacia, sin perjuicio de que el fenómeno fuera típico de la estructura del Estado moderno por doquier: para bien y para mal, el Poder judicial es siempre el más conservador, el más timorato y formalista en la aplicación de nuevas ramas del derecho, mientras que los órganos de planta novicia se lanzan audazmente a cumplir su misión, inmolando el rigor legal a la soberanía del objetivo político. En honor a la verdad o más bien en pleitesía a la Ley, es indudable que el artículo 11 de la Ley CLAYTON no hablaba más que de enajenación forzosa de títulos, y que la aplicación del artículo 5º de la Ley fundacional de la Comisión a las adquisiciones de acciones y activos de firmas competidoras era, amén de problemática, un ingenioso ejercicio de malabarismo jurídico

mas que una autentica proposición logica. Es probable, además, que por motivaciones de índole profesional, por "espíritu de cuerpo", los magistrados de Washington no reconocieran a los funcionarios y economistas de la Comisión facultad dispositiva sobre la propiedad de individuos y sociedades más allá de lo que expresamente reconocía la Ley. De cualquier modo, los años de 1927 a 1934 han quedado en la historia de la jurisprudencia antitrust sobre concentración empresarial como un período de frustración e importancia que dio al traste con buena parte de las esperanzas puestas en la Ley CLAYTON.

c). De 1930 a 1950: inhibición procesal, reformismo legislativo.

La jurisprudencia restrictiva del Supremo impuso a la actividad de la Comisión por concepto del artº 7º de la Ley CLAYTON apreciable reducción. El órgano instructor se dedicó más bien, como anunciábamos al final de la Sección anterior, a preconizar la reforma del precepto con el fin de colmar la brecha de la libre adquisición de activos físicos.

La Tabla siguiente nos muestra la decadencia de la gestión investigadora y ejecutiva de la Comisión desde 1927, año en que comenzó la revisión de sus autos por el Supremo, hasta 1950, en que se reformó la Ley CLAYTON (91).

Encuestas preliminares, acusaciones y autos de

<u>Año</u>	<u>1927 a 1950</u>		
	<u>Encuestas preliminares</u>	<u>Acusaciones</u>	<u>A u t o s desposesorios</u>
1927	no hay datos publicados	2	1
1928	" " "	3	0
1929	228	5	0
1930	98	6	2
1931	67	1	0
1932	52	1	0
1933	53	1	1
1934	45	1	1
1935	23	1	0
1936	39	2	0
1937	18	1	0
(SIGUE)			

Continuación de la Tabla:

<u>Años</u>	<u>Encuestas preliminares</u>	<u>Acusaciones</u>	<u>A u t o s desposesorios</u>
1938	26	1	0
1939	13	0	0
1940	18	3	0
1941	5	0	0
1942	1	0	0
1943	0	0	0
1944	1	0	0
1945	no hay datos publicados	1	0
1946	1	2	0
1947	5	0	0
1948	no hay datos publicados	0	0
1949	" " "	0	0
1950	" " "	0	0

---

Total	693	31	5
-------	-----	----	---

---

Fuente: Informes anuales de la Comisión, 1927-1950.

---

Las cifras son terminantes: aunque sumaran setecientas las investigaciones preliminares sobre posibles violaciones del artículo 7º, sólo se formularon treinta y un cargos, y únicamente se dictaron cinco autos desposesorios, el último de los cuales en 1934; es decir, en los dieciséis años siguientes la Comisión no ordenó a empresa alguna que se desposeyera de las acciones adquiridas a otras compañías.

a' - Autos del período.- Los cinco autos fueron: el de enajenación forzosa por parte de Armour and Co. (vide supra, pág.103) de las acciones y activos físicos logrados subsiguientemente a la compra del capital de dos corporaciones, emitido a fines de 1926 (por eso figura incluido en el año 1927), y revocado por la propia Comisión en marzo del año siguiente a la vista del fallo del Supremo en el expediente Swift; los autos contra V. Vivaudou, Inc. y la Temple Anthracite Coal Company, que, recurridos por estas sociedades, fueron anulados por sendos Tribunales de Apelación de Circuito; en el año 1933, el ya citado contra Arrow-Hart and Hegeman, que el Tribunal Supremo no quiso confirmar, y, por fin, en febrero de 1934, víspera de la sentencia del Supremo en ese mismo asunto, el auto contra la Vanadium-Alloys Steel Company;

obligada a desprenderse de la totalidad de las acciones de Colonial Steel Company adquiridas en 1928 por la que entonces era Vanadium Company, productora de diversos tipos de aceros especiales para la fabricación de herramientas. La orden no llegó a la fase judicial, ya que al dictarse el fallo final del caso Arrow, la compañía acusada aprovechó prestamente la ocasión para comprar todos los activos fabriles de Colonial Steel. (Volveremos sobre el expediente Vanadium, por su interés interpretativo).

b' - Acusaciones formuladas en el período.- Fueron, pues, treinta y una en total, de las que ya hemos examinado las cuatro que se resolvieron en sendos autos desposeorios: las restantes veintisiete fueron sobreseídas (dismissed), doce de ellas por considerar la Comisión que los testimonios no acreditaban por sí mismos que la operación impugnada podía reducir sustancialmente la competencia, restringir el comercio o tender a la creación de un monopolio, según la interpretación del Tribunal Supremo en el asunto International Shoe; otras tres, porque la Comisión consideraba que ya no podía hacer nada tratándose de compras de activos; y las doce restantes, por razones que no se especificaron en los informes correspondientes.

Suscita interés el caso de la Continental Sugar Company, en 1928, porque prefiguró en parte la decisión del caso International Shoe. La Comisión había acusado a Continental Sugar por la compra de Holland-St. Louis Sugar Company, competidora en la producción de remolacha azucarera, pero a los dos meses, sin haber recogido todavía testimonio alguno, sobreseyó el atestado al comprobar que la adquisición no reducía sustancialmente la competencia en el sector, toda vez que las dos entidades sólo producían el cinco por ciento de la remolacha nacional. Por otra parte, la opinión mayoritaria juzgó que las dos corporaciones no competían de modo efectivo, ya que



Holland-St. Louis estaba al borde de la quiebra, circunstancia que, como se recordará, apreciaría el Tribunal Supremo en 1930 como decisiva en la compra de McElwain por International Shoe. Precisamente como consecuencia de este criterio judicial, se sobreseyó el mismo año el cargo formulado contra Charles Freshman Company, Inc. en mérito a la precaria situación financiera de la sociedad adquirida. Por la misma razón, terminó con sobreseimiento seis años después el expediente contra Van Kannel Revolving Door Company. Así se perfilaría a lo largo de las décadas la que cabría llamar excepción de la compañía moribunda.

Uno de los expedientes en que la Comisión se limitó a considerar si el objeto de la Comisión había consistido en activos o en títulos, por su apego casi supersticioso a la letra de la Ley, fue el importante caso de la American Smelting and Refining Company (25 de junio de 1934), productora y refinadora de zinc, la cual había fundado una filial y adquirido sus acciones más tarde, dando a cambio obligaciones y certificados que representaban acopios de diversos metales. Estas obligaciones y certificados se transfirieron, acto seguido, a otra firma, Federated Metals Corporation, que entregó a cambio todos sus activos, incluido el capital accionario íntegro de una empresa llamada Missouri Zinc. La Comisión declaró, aceptando la defensa de la encartada, que la adquisición hecha por su filial era legalmente como una compra efectuada por la propia matriz y que había tenido por objeto activos materiales, desestimando el alegato de la Asesoría Jurídica, según el cual adquirir las acciones de una filial (Missouri) equivalía a comprar las de la empresa madre, o sea, Federated. Sin embargo, la resolución apuntaba expresamente la posibilidad de que se impugnara la adquisición por American de las acciones de Missouri, pero el hecho fue que no llegó a entablarse acusación.

acusatorio.— Conviene bosquejar un breve examen de los numerosos casos en que la Comisión activó su maquinaria administrativa para inquirir sobre concentraciones presuntamente ilegales, sin frisar en el pliego de cargos por entender que no había infracción, teniendo en cuenta la jurisprudencia vigente. Aunque la política de la Comisión ha solido ser la de no facilitar oficialmente información alguna sobre encuestas e investigaciones de carácter preliminar, se suministraron en 1939 al Temporary National Economic Committee, creado bajo la Presidencia de FRANKLIN D. ROOSEVELT para examinar los problemas de concentración económica, abundantes datos sobre ciento veintún expedientes iniciados y archivados entre 1932 y 1938. El informe general de la Comisión decía (92): "Hay diversas razones por las que la Comisión carecía de autoridad para actuar en las situaciones mencionadas... La más importante, sobre la cual la Comisión ha solicitado reiteradamente una modificación del artículo (el séptimo), es que la adquisición había sido de activos más bien que de títulos".

Si se repasa el material de prueba fáctica relativo a estas operaciones, se llega a la conclusión de que la Comisión exageró la importancia del "assets loophole" y omitió, en cambio, citar su propia incapacidad y la de los Tribunales para establecer una interpretación racional del criterio de ilegalidad. El informe clasificaba lo que la Comisión consideraba cortapisas para combatir el aglutinamiento en cuatro categorías: primera, "restricciones materiales del artículo séptimo por intención del legislador"; segunda, restricciones debidas al fallo International Shoe; tercera, impedimentos resultantes de los casos Swift y Thatcher; y cuarta, obstáculos subsiguientes al caso Arrow-Hart and Hegeman. El primer grupo, que contaba cincuenta y siete casos, era el de las operaciones de compra de elementos físicos. Comprendía el segundo los (92) DAVID D. MARTIN, op. cit., págs. 163 y sigs.

asuntos en que no se retenía, dada la naturaleza de los bienes vendidos por las sociedades protagonistas y las zonas de venta respectivas, que hubiese existido competencia en sentido estricto. Se refería el tercer apartado a los casos en que a raíz de una compra de acciones se había producido la adquisición de los activos, y por fin, la cuarta lista englobaba los casos en que la operación se había consumado al amparo de las leyes de sociedades mercantiles de diversos Estados que preveían la integración de compañías y en que la Comisión había rehuido toda diligencia, por estimar que carecía de los suficientes poderes legales, a la vista del caso Arrow-Hart.

Por lo que se refiere concretamente al segundo sector, que es quizás el más sugestivo bajo el punto de vista de la interpretación sustantiva de la Ley por la Comisión, fueron bastantes las investigaciones en que, al comprobarse que las compañías protagonistas vendían en mercados geográficamente distintos, se descartó la idea de "competencia sustancial" entre ellas; por ejemplo, los casos Bartlett Frazier Company en el ramo de silos de grano; C. H. Sprague and Company en el del carbón y City Ice and Fuel Company, en el del hielo. La misma actitud de inhibición se adoptó en el supuesto de diferencia de clientes, aunque coincidieran los productos vendidos, como acaeció, por ejemplo, en la compra de Sunlight Electrical Manufacturing Company por la Delco Products Corporation, filial de la General Motors al cien por cien. Delco suministraba motores para lavadoras a tres firmas, ninguna de las cuales compró nunca motores de Sunlight, que, por su parte, venía a unos trece fabricantes de lavadoras, entre los cuales ninguno era cliente de Delco. Así, pues, tanto en la hipótesis de diferencias de zonas como en la diversidad de clientes o compradores, la Comisión sostenía que no se incurría en "competencia sustancial" entre adquirente y adquirida.

En muchas de las adquisiciones presuntamente no reductoras de la competencia entre las compañías implicadas in-

(multiproduct firms), dándose, además, la circunstancia de que todas vendían, por lo menos, un producto común. En estos casos, la Comisión adoptaba el criterio de que si la proporción de ventas del producto común o coincidente respecto a la cifra global de negocio de cualquiera de las firmas era pequeña, no cabía apreciar la existencia de competencia sustancial. Así, por ejemplo, la General Household Utilities Company se formó mediante la adquisición por United States Radio and Television Corporation de la Grunow Corporation. La adquirente vendía radios y neveras. La adquirida había sido organizada para la venta de radios y neveras, pero no había llegado a vender radios. En 1932, la United States vendió más de dos millones de dólares en radios y sólo cuarenta y seis mil dólares en neveras, por lo que la Comisión juzgó insignificante la competencia. El mismo criterio prosperó en los casos Eaton-Detroit Metal Company, del ramo de fabricación de piezas de automóvil, Continental Can Company, en el de latas y botes y Arden Salt Company, fabricante de sal.

Por otra parte, tampoco en el caso de que todos los artículos o variedades producidos tanto por la adquirente como la adquirida hubiesen competido entre sí, concluía la Comisión que se violara necesariamente la Ley, ya que, en virtud de la que bien cabría llamar fatídica sentencia International Shoe, quedaba por demostrar que la adquisición afectara al público de modo perjudicial (had injuriously affected the public), lo cual implicaba la necesidad, a diferencia de los supuestos antes examinados, de tomar en consideración el conjunto del mercado nacional. Surgía, en efecto, la paradoja de que para decidir si las dos entidades competían sustancialmente había que estudiar la estructura y situación del mercado. En su informe al Temporary National Economic Committee, la Comisión no

dejó de subrayar que la sentencia International Shoe suponía aplicar indebidamente el módulo de la Ley SHERMAN y relegar el criterio de la competencia entre los interesados, apuntando, al mismo tiempo, que la posición correcta era, por el contrario, la del Juez WOOLEY, quien, en su voto particular al fallo Temple Anthracite, afirmaba que lo decisivo no era la rivalidad entre los protagonistas y los demás oferentes, sino la merma de intensidad combativa únicamente entre aquéllos.

Precisamente, varias encuestas preliminares durante la cuarta década del siglo tuvieron por protagonistas a firmas que, habiendo competido vigorosamente, no llegaban a dominar el mercado nacional después de la operación concentradora, y como consecuencia del enojoso precedente expuesto, la Comisión creyóse obligada a suspender toda diligencia, ya que al fin y al cabo la integración "no tendía a crear un monopolio por el gran número o la importancia de los restantes competidores en el territorio nacional. Concretamente, se archivaron por este motivo los expedientes Fox Film Corporation, Westinghouse Electric and Manufacturing Company y Monsanto Chemical Company.

Por la misma época se investigaron diversos episodios de adquisiciones corporativas entre firmas que en principio no vendían los mismos productos o géneros de artículo, si bien las actuaciones se suspendieron justamente por esta razón. Convendría, sin embargo, resumirlos por su valor de antecedente, clasificándolos, según la relación en que los productos o artículos de cada empresa se hallaban entre sí, en operaciones de "integración vertical hacia atrás" (vertical backward integration), es decir, concentraciones en que el producto de la firma adquirida era un factor de producción para la adquirente; casos de "integración vertical hacia adelante" (vertical forward integration), en que surgía la circunstancia inversa, o sea, que la firma adquirida usaba como factor de

producción uno, por lo menos, de los fabricados por la adquirente, y operaciones (las más numerosas) en que la firma adquirente añadía un renglón a una serie o gama de producciones (line of products).

En orden a las concentraciones verticales tanto hacia adelante como hacia atrás, o, según la terminología española, tanto hacia arriba como hacia abajo, la Comisión se atuvo interpretativamente a la relación competitiva entre los protagonistas, e ignoró, por lo tanto, la posibilidad misma de que el ayuntamiento redujese la rivalidad mercantil de los productos vendidos por cualquiera de ellos. La única circunstancia a la que en determinados casos se prestó cierta atención fue la existencia o no de otras firmas en el sector o ramo de referencia.

En las encuestas sobre las operaciones entre firmas de actividades más o menos conexas, los investigadores conceptuaron del modo más estrecho posible la noción de "producto", actitud que implica la parvedad de datos e informaciones referentes al grado de conexión o influencia mutua de las curvas de demanda correspondientes a los artículos de adquirente y adquirida. En todo caso, el grado de integración variaba considerablemente según las firmas y los sectores. Unas veces existía complementariedad entre los artículos (la adquisición de Swann Corporation, por Monsanto Chemical Company) o la compra por la Superheater Company del capital de la Air Preheater Corporation, en consideración a que los artículos de cada una de las entidades concentradas cubría un sector de la demanda en sentido lato (93); otras, en cambio, no había,

---

(93) Usamos el término en un sentido vulgar, no en la acepción estricta de Teoría Económica, según la cual dos bienes, A y B, son complementarios si al aumentar o disminuir la cantidad empleada de uno cualquiera de ellos en determinado proceso productivo, aumenta o disminuye, respectivamente, la producción marginal del otro.

apenas, relación técnica ni funcional, como sucedía a la S. R. Dresser Manufacturing Company, que, siendo fabricante de juntas y piezas para tuberías, había adquirido la Bryant Heater and Manufacturing Company, productora de calderas de gas, hornos de aire caliente y otros artículos relacionados con la calefacción doméstica y el acondicionamiento de aire.

Un examen detenido de los informes de signo negativo que cerraron las investigaciones preliminares y otras cuya referencia sería por prolija, ociosa, demostraría que la Comisión resolvió suspender las actuaciones en consideración a los caracteres físicos de los productos más bien que a los rasgos de la demanda del mercado, y en general, cabe observar que la fundamentación económica de las encuestas pecó de superficialidad y simplismo.

Anotemos, asimismo, operaciones en que el desistimiento de los investigadores se fundó en otra baraja de motivos. En varias, por ejemplo, la Comisión abandonó toda idea de actividad procesal, basándose en que la firma adquirida tropezaba en dificultades financieras prácticamente insuperables, motivo que la sentencia International Shoe había elevado a categoría de circunstancia eximente y que dio pretexto a la Comisión para decidir el sobreseimiento de los expedientes Charles Freshman Company, Inc. y Van Kannel Revolving Door Company. Los comisarios acataron, en efecto, el criterio judicial de que por su perjudicial situación financiera, la sociedad comprada ya no podía ipso facto oponerse a la adquirente, y renunciaron a indagar las consecuencias económicas trascendentes a la estructura del mercado. Así se hizo en 1934 a propósito de la adquisición por Goodyear Tire and Rubber Company, primera productora mundial de neumáticos de automóvil, de la Kelly-Springfield Tire Company, deficitaria en los años anteriores a la compra y declarada judicialmente en quiebra. Finalmente, el caso curioso, por lo específico de

...sus circunstancias, y no sin interés en cuanto a precedente de la jurisprudencia de concentraciones, es el que tuvo por protagonistas a New Haven Trap Rock y a Connecticut Quarries Company, Inc., que se dedicaban a producir y distribuir piedra machacada desde sus propias canteras; según la Comisión, no había menguado la competencia entre ellas, por la sencilla observación de que prácticamente todo el capital de entrambas pertenecía a la familia Blakeslee, lo cual correspondía a la relación conocida en el derecho americano como "community of interest", criterio bastante discutido hasta hoy por juristas y economistas.

d' - Las propuestas de la Comisión sobre reforma de la Ley CLAYTON.- Dos fueron las direcciones de ataque: la sugestión reiterada, continua, perseverante, de que se prohibiese también la compra de activos físicos a empresas competidoras; otra, la recomendación de que se estableciese un criterio preciso de ilegalidad, que aventara incertidumbres sobre cuándo una operación era legal y cuándo no. Aquella pretensión era de orden formal; la segunda, de índole sustantiva.

Ya el informe Anual de 1921 había explanado el problema de la evasión legal mediante la compra de activos materiales, síntoma, a la vez, del celo y clarividencia de los Comisarios y de la falta de previsión, o quizás de auténtica voluntad reformadora, de los parlamentarios que habían votado el texto de 1914. Sin embargo, hasta el fallo Arrow-Hart and Hegeman no emprendió la Comisión una campaña sistemática para modificar la Ley. Los informes de 1935 y 1937 sugerían netamente que se extendiese la prohibición del artículo 7º a la compra de activos físicos, y en 1938 se reiteró la incitación envuelta en exhortaciones de orden sustantivo en cuanto al módulo legal de ilicitud.

Las propuestas de reforma del criterio de ilicitud empezaron a tomar cuerpo en 1934, a raíz de una vasta investi-



gación sobre las cadenas de almacenes, en cuyo informe final se criticaba la sentencia International Shoe por haber centrado el módulo o "test" de ilegalidad en el efecto de la operación concentradora sobre el sector industrial in globo más que en su repercusión sobre la competencia entre los protagonistas, "parte vital del artículo". Se recomendaba, en consecuencia, la tacha de ilegalidad para cualesquiera adquisiciones, ora de acciones, ora de activos, cuando afectasen a compañías competidoras "la una con la otra", y sin consideración al efecto sobre clima de competencia en el área total de la industria. En un informe especial elevado en 1937, al Congreso, los Comisarios sugerían algo más innovador, concretamente que se tomara en cuenta el porcentaje de los activos totales del sector controlado por la firma absorbente como consecuencia de la adquisición, porcentaje especificable por el propio Congreso, mediante Ley. La razón que se aducía era eminentemente práctica: "... Para que su administración sea eficaz, la Ley debería ser rápida de aplicar; y con este fin se debería simplificar la prueba necesaria para demostrar toda infracción, en cuanto lo permita la naturaleza de los hechos". En el informe anual de 1937, insistía la Comisión, alegando que semejante medida "tendría la ventaja de un módulo positivo legal (a positive legislative standard)".

En 1938, la Comisión indicó al Congreso algo más concreto aún: "Que el artículo 7º de la Ley CLAYTON sea modificado de tal modo que declare ilícito el que cualquier sociedad, directa o indirectamente, a través de una compañía holding, de una filial o de algún otro modo, adquiriera parte del capital o de los activos de una sociedad competidora cuando cualquiera de esas compañías comercie entre Estados; con reserva, sin embargo, de que no se aplicará esta prohibición si las entidades en cuestión controlan en conjunto menos del

diez por ciento de la producción total de una industria o ramo de ella en los Estados Unidos, o de las ventas de mercancía en relación con la cual se hallan en competencia, a menos que el efecto de esa adquisición pueda restringir la competencia o tender a la creación de un monopolio en cualquier renglón del comercio".

Como ha observado más de un historiador de la legislación antitrust (94), al hacer esta recomendación los Comisarios parecían reconocer o confesar su incapacidad para mejorar la interpretación del artículo 7º y rehuir así su responsabilidad administrativa, a saber, dar contenido específico a directrices generales elaboradas por el Congreso. Lo que pretendía la Comisión era, en suma, que se estableciese un criterio legal puramente estadístico que la dispensara de investigar en cada caso las posibles consecuencias de la operación sobre la competencia.

Fue sugestivo el planteamiento del importantísimo Informe Preliminar del Comité Económico Nacional Transitorio en 1939 al aconsejar que se revisase el precepto de referencia para abarcar no sólo las compras de instalaciones, sino también la posibilidad de que una compañía no dedicada directamente a la fabricación o venta comprara una sociedad, pues la Ley de 1914 sólo le vedaba la adquisición de dos o más. De este modo se evitaría, según el Comité, que una holding se apoderase de una entidad que no fuese competidora de ella, pero sí de una de sus filiales. Igualmente se apuntaba una excepción a favor de las entidades en situación de declive e impotencia (in failing circumstances). No se proponía, en cambio, ninguna alteración en el tenor literal del criterio oficial de ilicitud.

Hacia fines de la cuarta década, o sea, a punto de finalizar el segundo mandato presidencial de ROOSEVELT, durante el cual había proseguido y aumentado, si cabe, la ten-

(94) DAVID D. MARTIN, op. cit., página 190.

de la industria frente a la gran depresión de 1929-1932, la Comisión empezaba a inquietarse no ya por el elevado número en sí de integraciones entre competidores, sino principalmente por la acumulación de poder económico, de potencia financiera en manos de firmas dominantes del sistema, como revela la lectura del Informe Anual de 1939, que pedía medidas legislativas de contención (95). Haciendo suyas las propuestas del Comité Nacional, los Comisarios volvieron a recomendar que se prohibieran las adquisiciones de activos o títulos de capital no sólo cuando el efecto de la operación abocara a la merma de la competencia entre los protagonistas, sino también y ésta era un matiz nuevo, "cuando en virtud del tamaño relativo de la corporación resultante de la integración y de las circunstancias que la rodean, el efecto de la adquisición pueda restringir la competencia o tender a la creación de un monopolio en cualquier sector del comercio". Por otra parte, la Comisión abandonaba expresamente toda idea de fijación legal de un porcentaje máximo de ventas como índice de ilicitud, reconociendo con sano criterio que proporciones peligrosas para ciertas industrias serían, en cambio, insignificantes para otras, pero no precisaba las circunstancias válidas para determinar si una integración era o no perjudicial al interés público.

Por fin, en 1941 la Comisión sometió un borrador de conclusiones y recomendaciones al Comité Nacional para que las adoptara en el previsto informe al Congreso acerca de la

---

(95) "El progresivo engrandecimiento de unas cuantas empresas predominantes ha ido tan lejos ya que, por su fuerza financiera y el número de personas sujetas a su dominio, las mayores firmas superan a los gobiernos de algunos Estados. Los peligros de la concentración son evidentes, tanto si el poder se halla concentrado en una industria como si está extendido en un número de industrias. La Comisión cree que debería haber límites al crecimiento que se puede lograr mediante la agrupación".

reprodujera las propuestas de su propio Informe Preliminar, con lo cual se lograría prevenir los males mayores de la concentración simplemente otorgando a la Comisión autoridad para prohibir las adquisiciones de activos, sin que se modificara el criterio de ilicitud del originario artículo 7º, tal como lo interpretara el Tribunal Supremo en el caso International Shoe. En su Informe Final, el Comité no se atuvo exactamente a las líneas indicadas y, amén de proponer la extensión del artículo 7º a las adquisiciones de instalaciones, sugirió, cosa que la Comisión no había mencionado siquiera, que la Ley exigiese previo visto-bueno de este órgano a cualesquiera proyectos de fusión, propuesta que prohió, pero sin eco, la Comisión Federal en sus informes anuales 1941-45.

e' - Conclusiones sobre el período 1930-1950.-Todo juicio de conjunto tiene por punto de referencia la evolución que experimentó la actitud de la Comisión a compás de la jurisprudencia del Supremo. Como se recordará, tanto en el caso Vivaudou como en el de Temple Anthracite, la Comisión concluía que se había violado el artículo 7º por eliminación de la competencia entre adquirente y adquirida, y sólo en el primero de ellos juzgó, por añadidura, que la adquisición había restringido el comercio o tendido a crear un monopolio. Sin embargo, al someter a revisión los autos respectivos de enajenación, los Tribunales de Apelación de los Circuitos Segundo y Tercero, respectivamente, se atuvieron al fallo International Shoe, centrándose fundamentalmente en la estructura general del mercado para descubrir si operaba una tendencia al monopolio con arreglo al módulo de la Ley SHERMAN, y sosteniendo que no era de valor determinante la merma de competencia entre los sujetos interesados.

En el expediente Vanadium-Allys Steel Company (vide supra, apartado a'), los Comisarios trataron de edulcorar la

figura del criterio de ilegalidad sentado por el fallo de referencia, declarando que la operación redujo notablemente la lucha entre las entidades encausadas, aunque admitiera explícitamente que no había sido afectado sobremanera el grado de poder monopolístico de la firma adquirente. Como se dijo, no llegaron los Tribunales a revisar el enfoque porque se transfirieron los activos de la adquirida y la Comisión no intentó imponer el cumplimiento del auto enajenatorio de los títulos comprados. Después del caso Vanadium-Alloys, la Comisión se rindió, se entregó virtualmente a la interpretación formulada por el Supremo, adoptando la actitud de desestimar toda demanda o de archivar sin indicación de cargos toda diligencia sobre compañías que no vendiesen exactamente el mismo producto a los mismos clientes, so pretexto de que ya no cabía hablar de competencia efectiva entre ellas. Claro es que aún dándose el requisito de competencia entre los interesados, tampoco se instruía expediente, so color de que no se había demostrado tendencia a la creación de un monopolio en el sentido de la Ley SHERMAN, o sea, en perjuicio del interés público. En descargo de los Comisarios, el Supremo les había hecho "imposible" (DAVID D. MARTIN) prevenir en sus orígenes la formación de un monopolio, ya que únicamente podían actuar en casos en que, según el "test" de la Ley SHERMAN (posteriormente a la constitución del monopolio), se hubiesen producido ya efectos o resultados dañosos para la economía nacional.

Como agudamente ha señalado algún analista de la Ley CLAYTON (96), la política de los Comisarios durante todo el período de vigencia del artículo 7º en su forma originaria (1914-1950) habría abocado, en ausencia de restricciones judiciales, a prohibir, en primer lugar, muchas integraciones entre compañías competidoras, aunque promoviesen un aumento de la competencia en el mercado frente a los "grandes"; segundo, a

---

(96) DAVID D. MARTIN, op. cit., pág. 196.

permitir muchas concentraciones de firmas que no se hallasen previamente en "competencia sustancial", aun cuando pudieran desembocar en una reducción notable del grado de competencia en el mercado. A fuerza, en definitiva, de aplicar la letra de la Ley, había la Comisión llegado a olvidar su espíritu; a fuerza de retener el accidente (merma de competencia entre dos firmas concretas) había perdido de vista la esencia (panorama del mercado nacional); algo así como el astrónomo que sistemáticamente espiase el firmamento en busca de cometas o aerolitos, sin preocuparse por conocer las constelaciones.

8.- Administración de la Ley CLAYTON por otros órganos y dependencias.-

La responsabilidad capital de la aplicación del artículo 7º se confió, y así continúa sin indicios de alteración, a la Comisión Federal de Comercio. Sin embargo, el Congreso facultaba al Departamento de Justicia a través del procedimiento específico de "equidad" ante los diversos Tribunales de Distrito (97), y acotaba para la Reserva Federal (Federal Reserve Board) el campo bancario y para la Interstate Commerce los transportes. Posteriormente, se confirieron a la Comisión Federal de Comunicaciones (Federal Communications Commission), creada por Ley) y a la Oficina de Aviación Civil (Civil Aeronautics Authority) jurisdicción, como se recordará, (vide supra, nº 5 , apart. e ) para enjuiciar a las empresas que operasen en su ámbito respectivo de competencia conforme a las normas sustantivas CLAYTON, entre ellas, claro está, el artículo 7º.

---

(97) Vide supra nº 5 , apartado e ). Recordemos que el artículo 15 de la Ley CLAYTON dice: "Quedan los tribunales de Distrito de los Estados Unidos investidos de jurisdicción para prevenir y refrenar cualesquiera infracciones de la presente Ley, y será deber de los distintos fiscales de Distrito (district attorneys) de los Estados Unidos en sus demarcaciones respectivas, instituir, bajo la dirección del Fiscal General, procedimientos de equidad para prevenir y restringir esas violaciones".

La acción del Departamento de Justicia y la de los órganos especializados ha sido como sigue:

a). El Departamento de Justicia como "Fiscal" del artículo séptimo.

Sólo cuatro procedimientos instruyó la Fiscalía federal de 1914 a 1950, tres de los cuales se basaban, además, en presunta infracción de la Ley SHERMAN. Según veremos, los resultados pecaron por inoperantes y pobres, ya que sólo en el primero de los cuatro litigios obtuvo éxito el Departamento, y aun así la victoria no se debió por entero a la Ley CLAYTON, sino a la aplicación concurrente del texto SHERMAN.

En 1917, el Departamento demandó ante el Tribunal de Distrito de Massachussets a cuarenta compañías y diez individuos dedicados al comercio de pescado fresco, para que el Tribunal emitiera interdicto contra toda infracción a la Ley SHERMAN y "leyes complementarias". El Tribunal falló que los comerciantes habían violado la Ley SHERMAN al agruparse "con miras de centralizar y controlar la distribución de pescado en el comercio interestatal", y decidió, concretamente, que la adquisición por Boston Fish Pier Company del capital de veinticinco corporaciones dedicadas al tráfico al por mayor en Boston y la adquisición por Bay State Fishing Company de ocho entidades constituían en sí mismas sendos atentados a la Ley SHERMAN. Al mismo tiempo, estimaba que se había incurrido en la figura de ilegalidad definida por la Ley CLAYTON, por lo que dictó auto de desposesión de los títulos ilegalmente adquiridos. Tal fue, repetimos, la victoria, no atribuible plenamente a la Ley CLAYTON, obtenida por el Departamento.

En 1935, a propósito del proyecto de Republic Steel Corporation, que se proponía absorber a la Corrigan, McKinney Company, la cual quedaría disuelta tras la transferencia de todos sus activos a Republic, el Departamento intentó que se

cida por la sentencia International Shoe, del mismo modo que la Comisión lo intentara con ocasión del asunto Temple Anthracite, declarando ilegal toda adquisición que abocase a la merma de competencia entre entidad compradora y entidad comprada, sin consideración al grado de monopolio posible en el mercado. Ahora bien, según los considerandos del Tribunal esto equivalía a interpretar que el "Congreso ha declarado de hecho que merma sustancial de competencia y perjuicio público (public injury) son sinónimos" y a sostener que "el Congreso no tuvo la intención de someter a los tribunales la cuestión general del perjuicio de interés público". Invocando la línea seguida por otros Tribunales, los magistrados denegaron la "injunction", afirmando, además: "... el único módulo de ilegalidad que conocemos es el módulo establecido por la Ley SHERMAN en las palabras "restricción del Tráfico o comercio" y "monopolizar, o intento de monopolizar", así como por los Tribunales en la interpretación de la Ley SHERMAN".

El Departamento acusó en 1943 a la Associated Press de varias infracciones, entre otras, violar el artículo 7º al adquirir el capital de Wide World Photos, Inc., y solicitó el correspondiente auto de enajenación. En la época de compra, la adquirente mantenía un servicio gráfico que, sin embargo, no se ofrecía en el mercado en competencia al de la adquirida, sino únicamente a los miembros de la propia Associated. El Tribunal del Distrito Sur de Nueva York consideró que la única manera en que entrambos servicios pudieron competir hubiese consistido en que Wide World atrajera a los miembros de Associated, pero la encuesta había demostrado que únicamente siete miembros de ésta se abonaron a Wide World. En consecuencia, se desestimó el cargo.

Por fin, en 1950 se rechazó, por el mismo Tribunal neoyorquino, otra petición de auto desposesorio a propósito de



la adquisición por Celanese Corporation del capital y los activos de Tubize Rayon Corporation, mediante fusión (1946) infractora tanto de la Ley SHERMAN como de la Ley CLAYTON. El Gobierno pretendía una nueva interpretación judicial del artículo 7º del texto CLAYTON, para que se vedasen las fusiones societarias consumadas al amparo de la legislación de cada Estado, alegando que implicaban necesariamente la adquisición in directa de títulos de otra entidad, puesto que las acciones de la compañía adquirida y disuelta revertían a la corporación adquirente. El Tribunal alegó, amén de otras razones, que, aun si se hubiera operado también una transferencia de activos, no habría violación del artº 7º, según la jurisprudencia absoluta sentada por el fallo Arrow-Hart and Hegeman; asimismo, según los magistrados, las fusiones hechas al amparo de los ordenamientos estatales quedaban fuera del precepto invocado, en virtud de la misma sentencia. El Tribunal se hacía cargo de que el Gobierno se esforzaba por conseguir la modificación de la Ley de 1914, pero no dejaba de puntualizar que no le incumbía a él "alterar el artículo 7º por legislación judicial, ni saltarse la doctrina directamente sostenida en la materia por el Tribunal Supremo".

b). Los sectores especiales: regulación autoritaria versus libre competencia.

Estudiamos aquí una pluralidad de industrias y servicios que, al estar por doquier sometidos a minuciosa reglamentación administrativa así en la estructura empresarial como en el funcionamiento comercial, constituyen en cierto modo un "derecho excepcional" de la economía frente al ius commune de los Códigos de Comercio y las leyes de represión de monopolios y prácticas restrictivas. De ahí que se les llame, en general, "sectores regulados" (regulated industries) en las exposiciones más autorizadas del derecho antitrust. Por no citar sino los

marítimos y aéreos, la energía eléctrica, los teléfonos, la radio, la energía atómica, el petróleo y el gas natural, las cooperativas agrícolas y, por supuesto, la banca comercial. Por lo que se refiere concretamente a los Estados Unidos, coinciden los ordenamientos respectivos, a pesar de su heterogeneidad material, en dos notas esenciales: por una parte, responden a imperativos de interés, salubridad y seguridad pública, evidentemente extra-mercantiles, y se basan, por lo tanto, en una concepción publicista, más aún, socializante; por otra, en virtud de lo que VILLEGAS llama, expresivamente, "influencia de los principios antitrust en la legislación federal" (99), todos proclaman la libertad de competencia y proscriben las operaciones de signo monopolístico, ora declarando expresamente aplicables las leyes antitrust, (caso normal), ora insertando disposiciones especiales que prohíben las colusiones en materia de precios o las concentraciones de signo monopolístico.

Entre las dos Guerras Mundiales montó el Congreso un complejo dispositivo de intervención estatal en diversos sectores que se colocaban bajo la autoridad directa y autónoma de una Oficina o Consejo Federal dotado de potestad reglamentaria y punitiva, tanto para la ordenación técnica y comercial del servicio como para la represión de cualesquiera prácticas restrictivas de la competencia y de todo conato de concentración no deseable. Ahora bien, esto implicaba forzosamente la limitación del grado de vigencia del ordenamiento antitrust, como observan KRONSTEIN, DOMMER y MILLER (op. cit., págs. 293-294): "Interesantemente, el Congreso ha dispuesto a menudo que las normas antitrust se aplicaran, si bien sólo en medida restringida, a ciertas industrias intensamente reguladas por organismos federales o estatales. El resultado es que los años recientes computaron un número sustancial de

(98) Véase la enumeración completa en J. VILLEGAS "Monopolio y competencia. Las leyes antitrust en los EE. UU.", pp. 92-104 y 225-314.

(99) Op. cit., página 92

fallos judiciales importantes en torno a la cuestión de si las prohibiciones contra los monopolios y prácticas restrictivas habían quedado superadas, ora por la reglamentación federal de una industria, ora por exención legal de una industria respecto a toda reglamentación". Los autores añaden a renglón seguido que el Tribunal Supremo ha interpretado "estrictamente", es decir, restrictivamente, los casos de exención de las leyes SHERMAN, CLAYTON y ROBINSON-PATMAN, pero no dejan por eso "las industrias reguladas" de constituir una zona de claroscuro, de sfumato jurídico sin frontera precisa entre la vigencia del ordenamiento antitrust y la aplicación del derecho administrativo especial.

Por lo que se refiere concretamente a las fusiones de compañías en los sectores intervenidos, se puede esbozar, aun bordeando aparentemente la contradicción in terminis, lo que llamaríamos régimen general o común de los ordenamientos específicos, ya que casi todos coinciden en determinados rasgos. En principio, se prohíben las operaciones de integración societaria, así como la compatibilidad de directivos y consejeros, y las compañías que pretendan concentrarse, deben notificarlo previamente al Consejo o Comisión Federal competente, quien, antes de resolver, deberá oír al Departamento de Justicia para que informe sobre los efectos previsibles de la operación en el plano de la competencia efectiva, y también a la autoridad de cada uno de los Estados donde las empresas ejerzan su actividad o presten el servicio, y entre las consideraciones que deberá atender la oficina federal para fundamentar su acuerdo, figura muy señaladamente la necesidad de servir "el interés del público" y de evitar la formación de núcleos monopolísticos o el debilitamiento de la tensión competitiva. La aprobación decretada por el Consejo o Comisión en el ámbito de sus facultades legales excluye la aplicabilidad del artº 7º de la Ley CLAYTON, en virtud del último párrafo

añadido por la reforma CELLER-KEFAUVER de 1950, como resultado y condensación de diversas excepciones introducidas por otras tantas leyes sectoriales a lo largo de los decenios: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación a transacciones debidamente efectuadas en virtud de autorización conferida por la Oficina de Aviación Civil (Civil Aeronautics Board), la Comisión Federal de Comunicaciones (Federal Communications Commission), la Comisión Federal de Energía (Federal Power Commission), la Comisión de Comercio Interestatal, la Comisión de Bolsa y Valores (Securities and Exchange Commission) en ejercicio de su jurisdicción al amparo del artículo 10 de la Ley de Compañías "holding" de Servicios Públicos (Public Utility Holding Company Act) de 1935, la Comisión Marítima de los Estados Unidos (United States Maritime Commission), o el Secretario de Agricultura al amparo de cualquier disposición legal que invista de esta facultad a la Comisión, Secretaría u Oficina de referencia" (100).

Respecto a la facultad específica de perseguir las operaciones de concentración societaria o participaciones de dominio financiero y político que infrinjan las leyes anti-trust, el apartado a) del artículo 11 de la Ley CLAYTON dispone: "Se confiere la autoridad de hacer efectivo el cumplimiento (to enforce compliance) de los artículos 2º, 3º, 7º y 8º de la presente Ley por las personas sujetas, a la Comisión de Comercio Interestatal cuando se trate de transportistas ordinarios sometidos a la Ley de Comercio Interestatal; a la Comisión Federal de Comunicaciones, cuando se trate de transportistas ordinarios dedicados a la comunicación por radio o telégrafo o a la radio-transmisión de energía; a la Oficina de

---

(100) La Comisión Marítima fue suprimida en 1950 por el "Plan de reorganización número 21", que creó, en su lugar, la Oficina Federal Marítima (Federal Maritime Board), con facultades análogas.

transportistas aéreos extranjeros sujetos a la Ley de Aviación Civil de 1938; a la Oficina de Reserva Federal (Federal Reserve Board), si son bancos, asociaciones bancarias y bancos de depósito (trust companies); y a la Comisión Federal de Comercio, si se trata de cualquier otra clase de comercio, del modo siguiente:...". El texto transcrito extiende, pues, a cuatro agencias administrativas los poderes de dictar órdenes de cese y desistimiento originariamente conferidos a la Comisión Federal Antitrust.

Ahora bien, si se coteja el pasaje con el último párrafo del artº 7º, se advierte que éste no cita a la Reserva Federal, y que en cambio el 11 omite, mejor dicho no incluye, las Comisiones de Energía, Bolsa y Valores y Marítima, así como la Secretaría de Agricultura, disparidad que ilustra y refleja una neta discriminación dual de regímenes jurídico-administrativos. Efectivamente, los órganos no enumerados en el artº 11 carecen de las facultades conferidas a la Comisión Federal de Comercio y a las otras cuatro instancias de referencia, y, por lo tanto, cuando cualquiera de ellos aprecie en un acto o proyecto de integración empresarial el peligro de restricción de la competencia o de formación de monopolio, como la Ley especial de su jurisdicción no le da poderes expresos de intervención, sólo tendrá el recurso de dar traslado al Fiscal General de los Estados Unidos, para que éste entable discrecionalmente procedimiento criminal. Este es, por ejemplo, el caso del sector gas natural, cuya Ley reguladora, de 21 de junio de 1938, dispone (artº 20, ap. a) que si las compañías productoras violan los textos antitrust, la Comisión Federal de Energía "transmitirá las pruebas" al Fiscal General, "quien podrá discrecionalmente instituir el necesario procedimiento penal", como muy bien oíó de recordarlo el Tribunal Supremo en 1962 a propósito del im-

portante litigio Estado de California-Comisión Federal de Energía: "Otras agencias administrativas están autorizadas para hacer cumplir el artº 7º de la Ley CLAYTON cuando se trata de determinadas categorías de compañías o personas; pero la Comisión Federal de Energía no figura en la lista".

Del mismo modo, otro factor de discriminación, y ¿por qué no decirlo llanamente?, de ambigüedad interpretativa y, sobre todo, de conflictos de competencia, es el hecho, íntimamente relacionado con el matiz antecedente, de que mientras ciertas leyes especiales, como la de Comercio Interestatal, declaran dispensadas (relieved) de las leyes antitrust a las firmas que se concentren o integren con el beneplácito de la Oficina Federal correspondiente, otras en cambio, como la propia Ley del Gas natural, no dicen nada, lo que, según el Supremo en el ya citado litigio del Estado de California (101), significa que norpor recibir autorización de la Comisión Federal de Energía queda una integración societaria exenta de impugnación antitrust. De igual forma restrictiva suelen los nueve hombres justos de Washington considerar todo precepto de derecho sectorial que declare exentas de las leyes SHERMAN, CLAYTON Y ROBINSON-PATMAN determinadas operaciones de acuerdo y colaboración entre empresas. Así, la exención declarada por el artº 6º del propio texto CLAYTON en favor de "las organizaciones de agricultores y horticultores", y por los artículos 1º y 2º de la Ley CAPPER-VOLSTEAD de 1922, a favor de los "acuerdos comerciales" (marketings agreements) de esas organizaciones, no es extensiva, según el Supremo, a las fusiones, o mejor dicho, que el Secretario de Agricultura sólo puede sustraer a la aplicación del ordenamiento de defensa de la competencia los pactos y convenios de comercialización que él apruebe en uso de sus facultades legales, pero si aprueba una fusión, no por eso deja la operación de es-

---

(101) Cfr. KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op. cit., págs. 321-322.

famoso caso de las Asociaciones de Productores Lecheros (102), en que el Secretario había aprobado la absorción de una cooperativa por una fábrica independiente con el propósito de eliminar la competencia, y un Tribunal de Distrito había anulado la operación, decretando el enajenamiento de lo adquirido.

Puntualicemos, por fin, y éste sí que es un rasgo común a todos los sectores "regulados", que el Departamento de Justicia conserva siempre la posibilidad de apelar ante los Tribunales de una orden aprobatoria de una fusión por cualquier Oficina Federal, si considera que el hecho es susceptible de restringir la competencia o tender a la cristalización de un monopolio. El supuesto es bastante frecuente en los últimos años, como tendremos más adelante oportunidad de ilustrar por vía de ejemplo, y habla en honor del sistema jurídico americano, que ha sabido en este punto salvaguardar la supremacía, por así decir, moral y humanística del ius commune de la competencia frente al tecnicismo parcial y aséptico del derecho especial. Si una Administración especial juzga que hay que concentrar empresas en servicio "de la conveniencia y necesidad pública" (public convenience and necessity), apruebe enhorabuena las fusiones indispensables, pero el Fiscal General, encargado de velar por el orden jurídico en su conjunto, conserva la oportunidad de oponerse en nombre del ideal de libre competencia, que es a la economía de los Estados Unidos lo que la Constitución a su régimen político.

Analícemos ahora algunos de los "ramos" especiales":

a' - Los transportes ferroviarios: política de la Comisión de Comercio Interestatal.- En principio, los fe-

(102) Maryland & Virginia Milk Producers Association v. United States, 362 U.S. 458 (1960). Ver KRONSTEIN, DOMMER & MILLER, op. cit., págs. 116, 321 y 322.

rocarriles quedaron expresamente incluidos en el artº 7º de la Ley CLAYTON, si bien el ll encomendaba, exclusivamente, al órgano específico la "autoridad para hacer efectiva la observancia" de aquél, como queda dicho. Ahora bien, a través de la Ley de Transportes de 1920 (Transportation Act, 1920) formuló el Congreso una política nueva, casi revolucionaria, en el sentido de impulsar la concentración de las compañías ferroviarias amenazadas por la trepidante rivalidad del vehículo automóvil, otorgando amplios poderes a la Comisión para autorizar las fusiones que estimara oportunas al mejor servicio del público, y declarando exentas de las leyes antitrust, por una parte, a las empresas que se unieran por orden de la Comisión, y por otra, a las sociedades que resultasen de toda orden de integración, sin perjuicio, naturalmente, de la posibilidad de que el Departamento de Justicia recurriese ante los Tribunales no tanto contra las empresas mismas como contra el acuerdo concentrador que le pareciese de signo restrictivo o monopolístico. Ciertamente, seguía en vigor el artº 7º de la Ley CLAYTON, pero sólo para el caso de que la integración se hiciera por compra de acciones (si bien a partir de 1950 también rige para la compra de activos físicos) y antes de obtener los interesados la autorización administrativa. Entre 1917 y 1950, la Comisión instruyó sólo tres expedientes por presunta infracción del artº 7º.

b' - La Reserva Federal y la concentración bancaria.- Norteamérica no es excepción a la regla de que la banca comercial está sujeta a severas restricciones en todas las facetas de su desarrollo y funcionamiento, desde la entrada en el mercado hasta la remuneración o tipo de interés de los depósitos en cuenta corriente. El resultado es que el acceso de nuevos competidores está limitado por disposiciones legales, así como por los usos y prácticas de órganos administrativos especiales, que en el caso de los Estados Uni-



ten en una red de doce Bancos Centrales agrupados en la llamada Reserva Federal, instituida en 1913. He aquí como resumía la situación en 1955 JOHN MCCLOY, Presidente del Chase-Manhattan Bank, de Nueva York:

"Están limitados el número y el tipo de bancos de préstamos; regulados el tipo de inversiones que pueden hacer; la reserva que detentan en contrapartida a los depósitos, prescrita por la autoridad reguladora; las autoridades hacen indagaciones de modo regular, por no citar sino unas cuantas regulaciones bajo las cuales funcionan los bancos. Más aún, es significativo que a través de todas estas leyes, controles de supervisión y reglamentos, corra un objetivo que parece prevalecer sobre los demás + que los bancos sean seguros, sanos y capaces de satisfacer las necesidades de la comunidad respecto a los servicios bancarios esenciales" (103).

MCCLOY añadía que para asegurar la meta de salubridad y capacidad financiera de los bancos, las autoridades supervisoras ponían límites efectivos al mismo proceso de competencia, por ejemplo, restringiendo el acceso al negocio y conteniendo, asimismo, la libertad de expansión de los bancos existentes, funciones que ejercen ora el Comptroller of the Currency o la Junta de Reserva Federal o la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) a escala federal, o bien las diversas oficinas reguladoras de la banca en los Estados Unidos. En definitiva, la política bancaria obedece a objetivos especiales distintos de los propósitos a que responde el ordenamiento antimonopolio.

La Ley de la Reserva Federal de 23 de diciembre de 1913 creó la Junta de este nombre (de que ya se habló) para que supervisara, en unión del Secretario de Hacienda y del Comp-

(103) Declaración ante el Comité Antitrust del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, en sus audiencias sobre fusiones bancarias. Cfr. KRONSTEIN, DOMMER & MILLER, op. cit., páginas 294-295.

miento de los doce Bancos centrales de Distrito, así como de los establecimientos "afiliados" al sistema, y de las sucursales y agencias de unos y otros. Al Gobernador de la Moneda se le asignaba, entre otras misiones, la de autorizar los proyectos de fusión bancaria, así como la adquisición de parte del capital o de los activos de un banco por otro (siempre que se tratara de "bancos nacionales", o sea, con negocios en más de Un Estado, pero la disposición no obedecía al principio de defensa de la competencia, sino a consideraciones técnicas. Bien es verdad que ocho meses más tarde la Ley CLAYTON atribuyó en su artº 11 a la Junta, como hemos visto, la persecución de toda infracción a sus artículos 2º, 3º, 7º y 8º por los bancos encuadrados en la Reserva, pero en los años siguientes no se hizo aplicación del artº 7º.

Desde un principio, la política bancaria se orientó hacia la integración, aunque no, justo es decirlo, al gigantismo. En efecto, una Ley de 7 de noviembre de 1918 "para disponer la integración de asociaciones bancarias nacionales" (An Act to provide for the consolidation of national banking associations), dispuso que las "asociaciones bancarias" (banking associations) localizadas en el mismo condado, ciudad o pueblo podrían fusionarse en una sola, previa autorización del Gobernador de la Moneda, conforme a los estatutos de cualquiera de los bancos allí radicados, siempre que ratificasen la decisión accionistas representativos de los dos tercios, por lo menos, del capital de cada una de las entidades participantes, y que el capital de la asociación resultante no fuese inferior al requerido, según el derecho vigente en el momento, para constituir en la localidad un banco nacional.

La Gran Depresión que se inició con el hundimiento de la Bolsa de Nueva York en 1929 y se prolongó casi hasta mediados de la década siguiente, castigó con rigor el atomizado

sistema crediticio, sumiendo en la quiebra a mas de cinco mil bancos, especialmente en las zonas rurales, y no deja de ser ilustración dramática del proceso, el hecho de que el 20 de enero de 1933, día en que asumió la Presidencia el demócrata FRANKLIN D. ROOSEVELT, estuviesen cerrados todos los establecimientos del país. De ahí que una de las líneas maestras del New Deal rooseveltiano fuese precisamente la ordenación de la Banca y el crédito, instrumentada por dos leyes bancarias, la de 16 de junio de 1933 y la de 23 de agosto de 1935, texto que si bien respondían al propósito de fortalecer a los bancos individuales, imponiendo restricciones a la actividad agrupada (group banking), se inspiraban más aún en el objetivo de salvaguardar los depósitos; de ahí la creación de la citada Corporación Federal de Aseguramiento de Depósitos (FDIC), cuya tarea principal había de consistir, de hecho, ~~en~~ promover con ayuda financiera -tarea que, por cierto, cumplió con largueza-, la integración de establecimientos débiles con los más solventes de su localidad o zona.

En resumen, el Gobernador de la Moneda sigue siendo competente para las fusiones entre "bancos nacionales", es decir, bancos con negocio en más de un Estado; para los Bancos de un solo Estado, lo es el Gobernador del Estado a título exclusivo para los bancos que no sean miembros de la Reserva Federal y que no estén incorporados al sistema de seguridad bancaria; si el banco es miembro de la reserva o si, aun no siéndolo, figura en el sistema de seguridad, se requiere a título adicional la aprobación de la Junta de Gobernadores de la Reserva o la de la Corporación Federal de Aseguramiento de Depósitos, respectivamente, en el caso concreto, y sólo en ese supuesto, de que la suma de capital y reservas de los establecimientos fusionantes quede reducida por la transacción.

Por lo demás, se prohíbe formalmente la Comunidad

de consejeros o administradores entre bancos pertenecientes al sistema de la Reserva Federal, salvo dispensa especial de la Junta de Gobernadores (104).

Sólo un caso, el Transamerica (105), llegó la Junta a instruir al amparo del artículo 7º de la Ley CLAYTON, y por su interés lo expondremos en detalle.

En junio de 1948, la Junta acusó a Transamerica Corporation, constituida conforme a las leyes de Delaware, de violar sistemáticamente el artº 7º durante años y años, adquiriendo las acciones de bancos comerciales independientes situados en los Estados de California, Oregon, Nevada, Washington y Arizona, es decir, la zona Oeste de los Estados Unidos, operaciones cuyo efecto podía reducir sustancialmente la competencia, restringir el comercio o apuntar un monopolio. En el curso de las diligencias, la sociedad encartada anunció el inminente traspaso de los activos de los bancos así adquiridos al Bank of America, primera entidad del ramo, entonces y ahora, en todo el mundo. La Junta se dirigió al Tribunal de Apelación del Noveno Circuito para que suspendiese por vía interdictal toda transferencia de activos mientras no estuviese concluido el procedimiento relativo a las compras de títulos accionarios, argumentando que la jurisdicción del Tribunal para revisar un auto de enajenación de títulos podría quedar frustrada por una transmisión anterior de patrimonio físico. El Tribunal accedió a la solicitud y dictó interdicto (junio de 1950) por el que se prohibía el traspaso. Como la ordenanza se dictó en 1950, muy pocos meses antes de que se modificara el artº 7º, el episodio no tuvo repercusión en la política de la Comisión Federal de Comercio, pero, como no han

---

(104) Ley de 23 de diciembre de 1913 sobre creación de la Reserva Federal, artículo 8º, modificado por el 101 de la Ley Bancaria (Banking Act) de 23 de agosto de 1935.

(105) Transamerica Corp. v. Board of Governors of the Federal Reserve System, 206 F. 2d 163 (1953). El Supremo denegó el certiorari, 346 U.S. 901 (1953).

según se apartan ciertos investigadores del anti-trust (106), la Junta utilizó un procedimiento que la Comisión habría podido emplear en multitud de casos análogos, para prevenir cualquier transferencia de activos subsiguiente a una adquisición ilegal de capital. En este punto conviene observar que los tribunales nunca habían mantenido que una adquisición de activos basada en compra ilícita de acciones fuese legal. Únicamente habían negado que la Comisión Federal de Comercio tuviera facultades propias de un tribunal de "equidad" para impedir la operación. Lo que propiamente cabía considerar como "laguna" (loophole) de la Ley era la posibilidad de que una sociedad comprase el capital de un competidor infringiendo la Ley CLAYTON y luego adquiriese sus activos y disolviese la compañía, antes de que la Comisión tuviera tiempo de dictar auto desposesorio de los títulos.

En el análisis económico, la Junta de la Reserva Federal había adoptado como ámbito del mercado, es decir, como área de competencia efectiva, los cinco Estados donde Transamerica hiciera sus adquisiciones, cuarenta y ocho en total, justificando su criterio por la naturaleza predominantemente "local" de la clientela de cada establecimiento. Sin embargo, no se había preocupado de aquilatar el grado de competencia antes y después de las operaciones concentradoras, contentándose con afirmar que "los hechos decisivos" residían en que los bancos del grupo sumaban aproximadamente el cuarenta y uno por ciento de las oficinas, el treinta y nueve por ciento de los depósitos en general, la mitad de los créditos y el cuarenta y seis por ciento de las cuenta de depósito de individuos, sociedades de personas y sociedades de capital, y que Transamerica se proponía ampliar aún más su participación en la zona de referencia. la Junta sostenía, por añadidura, que Trans-

---

(106) Cfr. DAVID D. MARTIN, op. cit., págs. 212 in fine y 213.

america dominaba de tal modo a Bank of America y que eran tan intensas las relaciones de co-propiedad de bancos entre ellas, que sería inútil una simple desposesión de las acciones que la primera poseía de la segunda, por lo que ordenó a la encausada que renunciara a todos los títulos con que participaba en los demás establecimientos citados en el pliego de cargos.

Recurrió Transamerica al Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito, que revocó el auto por estimar que las pruebas reunidas por la Junta no demostraban cumplidamente que se hubiese infringido la Ley CLAYTON, y acogió expresamente los alegatos de la acusada de que no se había probado merma de competencia ni tendencia alguna a la formación de un núcleo monopolístico. Respecto al primer cargo, los jueces concluían: ".... La Junta no ha formulado resultandos (findings) acerca de la competencia presente o futura entre los bancos individuales adquiridos en las poblaciones (communities) donde funcionan. En realidad, rechazó las pruebas que sobre el particular ofrecía Transamerica. Más aún, en cuanto a treinta y ocho de los bancos adquiridos, mal podría deducirse esa competencia desde el momento en que ninguno de ellos está enclavado en la misma localidad que cualquier otro banco adquirido. Si bien los restantes 10 bancos no quedan eliminados por este criterio geográfico, la simple manifestación de (que son) propiedad común, no fundamenta la conclusión de que existe competencia entre ellos y puede quedar reducida". El Tribunal calificaba de "deficiente" la conclusión de que la tenencia y utilización por la acusada de los paquetes accionarios de tantos bancos, podía coartar sustancialmente la competencia y reducir el comercio bancario en California, Oregón, Nevada, Arizona y Washington, por dos motivos: primero, que no se refería a la competencia entre los bancos adquiridos; "la única competencia de que se ocupa el artículo 7º"; segundo, que se basaba en la premisa de delimi-

sólo carecía de apoyo en los hechos probados, sino que hacía incurrir a la Junta en flagrante contradicción, ya que el auto apelado había declarado que "el negocio de los bancos comerciales es, en gran medida, local y se reduce a las localidades en que operan y donde los clientes pueden visitarles con comodidad...".

En cuanto al cargo de que las adquisiciones accionarias de Transamerica eran susceptibles de crear un monopolio en la zona de los cinco Estados (the five-state area), reconocía el Tribunal que era cierta una parte de los hechos alegados por la Junta, concretamente la enorme concentración bancaria en la zona occidental, agravada por las limitaciones gubernativas a la entrada de nuevos establecimientos en el mercado, con el resultado de que el número total de oficinas había disminuido "desde que se constituyó Transamerica en 1928", al par que había ido aumentando el número de establecimientos de este grupo. Se concedía incluso: "Puede ser muy bien que el interés público aconseje la contención del crecimiento de este coloso bancario, mediante una acción legislativa o administrativa adecuada". Pero se apuntaba que la Junta pintaba "con una brocha excesivamente gruesa", e incidentalmente se puntualizaba que Transamerica ya no poseía acciones del Bank of America. Ahora bien, el argumento principal volvía a centrarse en que para determinar si había monopolio, entendido como poder de eliminar toda competencia, había que definir antes la extensión del mercado, y que precisamente la definición de nada menos que cinco Estados como zona de competencia efectiva era incongruente con la observación de la propia Junta de que "la comunidad local en que se halla un banco comercial es su área de competencia". Por otra parte, las pruebas reunidas no justificaban que el mercado se concretara en esas cinco circunscripciones; lo mismo

podría abarcar los siete Estados que constituirían el sector occidental de la Reserva Federal, o los cuarenta y ocho de toda la nación.

Ahora bien, el Tribunal no era tan categórico como parecía. En realidad, no negaba la posibilidad de peligro monopolístico; sólo afirmaba que no se habían aportado pruebas suficientes. "Puede muy bien suceder que en alguna de esas zonas Transamerica haya provocado, mediante la adquisición de bancos, una aminoración sustancial de la competencia y que de ésta y otras maneras haya avanzado sensiblemente hacia el poder monopolístico en esas áreas. Sin embargo, la Junta no ha elaborado conclusiones de este tenor, ni ha formulado resultandos adecuados en cuanto a los factores que con un análisis del mercado ~~aparecerían~~ como influyentes en la determinación de estos puntos". En consecuencia, al Tribunal anulaba la orden de la Junta de Gobernadores.

El párrafo transcrito revela implícitamente que si la Junta hubiera planteado el problema del monopolio a escala estrictamente local; si hubiese impugnado una por una las compras según las poblaciones donde se había efectuado cada una, muy probablemente el Tribunal le habría dado la razón. Como ha notado algún comentarista (107), aunque el Tribunal seguía las huellas del fallo International Shoe, al insistir en que se demostrara la existencia de una competencia anterior entre las sociedades, y que la operación iba a perjudicar al público por tender a la formación de un monopolio, al mismo tiempo insinuaba que estaba dispuesto a dar por demostrados estos dos requisitos con tal de que se probase que en virtud de la absorción la dirección de la mayoría de los bancos de una localidad determinada había quedado en una sola mano. Este matiz introducía, pues, cierta flexibilidad en una actitud conservadora y formalista bastante representativa de la jurisprudencia federal en vísperas de la reforma de 1950.

---

(107) DAVID D. MARTIN, op. cit., página 218.





9.- Aplicación de la Ley SHERMAN a las concentraciones de 1914 a 1950.-

Con arreglo a la Ley SHERMAN una fusión no es ilegal forzosamente, sino que sólo es ilícita cuando, en virtud de la "regla de razón", constituye "restricción injustificada del tráfico" o supone intento de monopolizar el mercado. De ahí que su aplicación haya sido -repetimos- poco frecuente.

En realidad, son únicamente dos los litigios dignos de mención, entrambos a propósito del sector siderúrgico y de la misma compañía, la United States Steel, como figura central: el primero se falló por el Supremo en 1920, y se conoce abreviadamente como el caso U. S. Steel; el segundo fue fallado en 1948 y se designa como el caso Columbia Steel (108), si bien cabría añadir, y por orden cronológico intercalar, ya que se falló en 1947, el litigio de Yellow Cab Company (332 U.S. 218), con lo que ya serían tres, y no dos, los asuntos fallados, pero no sería rigurosa esta contabilidad, por cuanto la acusación contra Yellow Cab contenía una relación extensa de cargos, en la que los actos de absorción de competidores eran simplemente una parte, y no la más importante. Haremos, sin embargo, referencia al pleito, por cuanto el Departamento de Justicia lo invocó como precedente vinculante para el litigio Columbia Steel. A continuación examinamos el primero de los asuntos, que constituía un supuesto típico de concentración horizontal.

El litigio de U. S. Steel fue buena muestra de la lentitud del mecanismo judicial ordinario, ya que la compañía encartada se había constituido en 1901 por la adquisición de unas ciento ochenta firmas siderúrgicas, y el Fiscal General no entabló acusación por supuesto "monopolio" hasta 1911, diez años más tarde, y aún hubo que esperar otros nueve para que en 1920 el Supremo dictara resolución definitiva.

(108) Ver la sentencia in extenso en IRWIN STELZER, op. cit., págs. 57-66.

alegaba el Gobierno que desde el primer momento de su existencia como gigantesco holding del acero, U.S. Steel había puesto en práctica una política de concierto entre los competidores, "persuadiéndoles" mediante contactos y negociaciones periódicas a que ajustaran sus precios a una estrategia común de estabilidad y exclusión de toda lucha comercial, con lo que había conseguido, a costa evidentemente del consumidor, impedir que bajaran las tarifas siderúrgicas en los llamados "períodos de calma". La manifestación más espectacular de esa política había consistido, a partir de 1907, en los almuerzos periódicos de los grandes directivos del ramo, que han pasado a la historia con el nombre de banquetes GARY, del nombre del presidente de U.S. Steel, el ex-juez ELBERT GARY.

El Tribunal de Distrito, formado por cuatro jueces, desestimó la demanda de disolución de la encartada, si bien no hubo coincidencia en la motivación o fundamento. Se basaron dos de los magistrados en que la entidad se había constituido, no con el designio de restringir el tráfico ni mucho menos para monopolizar, sino con el propósito de concentrar técnicamente los medios fabriles y financieros de diversas firmas como avance lógico en la evolución general de la siderurgia; los dos restantes estimaron, por el contrario, que la constitución de la holding había respondido a "un propósito ilegal desde su propio comienzo" con el designio de asegurarse pingües beneficios y poner en marcha una red de conciertos, que no obedecía a necesidad alguna de orden económico; ahora bien, la corporación nunca había tenido por sí poder bastante para controlar efectivamente los precios y que por eso se vio obligada a entenderse con los demás fabricantes, pero no amenazándoles ni sometiénolos a presión, sino por vía de acuerdos amistosos.

Por cuatro votos contra tres, confirmó el pináculo

de la magistratura federal el fallo absolutorio. La mayoría estimaba que la encartada no había logrado alcanzar posición monopolística, aun siendo con mucho la primera productora, ya que, de hecho, la competencia tendía a intensificarse. La prueba es que se había considerado compelida a pactar con sus rivales. Por otra parte, si era cierta la política de entendimiento entre las firmas principales denunciada por el Gobierno, no lo era menos que las prácticas exclusivas cesaron nueve meses antes de que el Fiscal entablase demanda.

Lo determinante de la sentencia fue el pronunciamiento categórico de que "el simple tamaño" (mere size) y el "poder no ejercitado" (unexerted power) no constituían violación de la Ley SHERMAN: "La Ley no hace un delito de la simple dimensión ni del poder no ejercitado. Exige actos manifiestos..."

El fallo tuvo tremenda significación no sólo jurídica, sino sobre todo moral y psicológica, en los medios industriales. Por una parte, al dar por buena la formación de un coloso fabril que en el momento de constituirse agrupaba el ochenta por ciento de la capacidad productiva del país y que durante años había presidido un sistema declarado de concierto de precios a escala federal, la judicatura suprema de la nación se hizo en cierto modo responsable de la falta de dinamismo y espíritu renovador que en las tres siguientes décadas caracterizaría a la U.S. Steel, ayuna de todo incentivo de lucha (109); por otra parte, la lenidad judicial despejó el temor a posibles persecuciones que aún retenía a numerosas compañías ansiosas de concentrarse para conseguir, si no el monopolio absoluto, la hegemonía, al menos, del sector respectivo.

Aducir que "el simple tamaño" y "el poder no ejercitado" no suponían infracción legal, contradecía el espíritu,

---

(109) Cfr. A.D.H. KAPLAN, "La empresa en un sistema competitivo", página 33.

plicaba el abandono de uno de sus objetivos principales: man tener vivo el espíritu de emulación entre una pluralidad lo más amplia posible de empresas medianas autónomas. Hubo que esperar veinticinco años, concretamente a la famosa sentencia Aluminium Company of America (ALCOA) en 1945 para que la jurisdicción federal (110), influida quizá por la lamentativa prevención del Gobierno y del público contra la avalancha de con centraciones desencadenada al socaire de la Segunda Guerra Mundial, deshiciera parcialmente el entuerto, declarando que es ilícito a la luz del artículo 2º de la Ley SHERMAN todo mo nopolio adquirido o mantenido gracias a una acción sistemática de acaparamiento del mercado, sin necesidad de probar la comisión de actos intrínsecamente ilícitos, como más adelante se apreciará.

Examinemos ahora el litigio Yellow Cab Company, del que podemos afirmar que fue, en rigor, la última victoria de la Ley SHERMAN en materia de integraciones societarias.

El Departamento de Justicia denunció en juicio de "equidad" a una persona individual y seis sociedades, acusándo las de violar los dos primeros artículos de la Ley de referencia, al restringir la competencia y ponerse de acuerdo para monopolizar parte del comercio interestatal en la venta de vehículos de motor para su empleo como taxis en las urbes citadas, y en el servicio de taxímetros en Chicago y alrededores. El Tribunal de Distrito absolvió a los encausados, y el Gobierno recurrió al Supremo.

Según los resultados del Supremo, en enero de 1929 el Sr. MORRIS MARKIN y otros habían iniciado negociaciones para fusionar las principales sociedades de taxímetros en Chicago, Nueva York y otras ciudades. MARKIN era presidente y director general, así como accionista dominante, de la Checker (110) Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito.

Cab Manufacturing Corporation (CCM), compañía dedicada a la fabricación de vehículos de alquiler en el Estado de Michigan y su venta en varios Estados. En abril del mismo año se organizó la Parmelee Transportation Company, cuyo capital estaba en un sesenta y dos por ciento en manos de la CCM, y el nuevo ente no tardó en adquirir el negocio de vehículos de alquiler especial dedicados, fuera del régimen de licencia, al transporte de pasajeros y equipaje entre las estaciones ferroviarias de Chicago, en virtud de contratos con las compañías de ferrocarriles y las asociaciones de terminales ferroviarias. Más tarde, Parmelee adquirió una participación dominante en la Chicago Yellow Cab Company, Inc., propietaria, a su vez, del capital íntegro de Yellow Cab Company, entidad que explotaba los taxis en Chicago e inmediaciones en proporción del cincuenta y tres por ciento de las licencias. No se detuvo aquí la serie de compras, ya que Parmelee adquirió y organizó filiales que al poco tiempo llegaron a conseguir la totalidad de las licencias en Pittsburgo, el cincuenta y ocho por ciento en Minneápolis y el quince por ciento de las de Nueva York. De este modo, a fines de 1932 MARKIN había logrado el dominio de las tres mayores empresas de taxímetros en Chicago, y poseía, a través de Parmelee, "sustanciales" puntos de apoyo en las otras tres urbes.

Los hechos constituían, a juicio del Departamento de Justicia, una "combination" colusoria de Yellow Cab, Chicago Yellow Cab, Parmelee, Checker, CCM, Markin y otros contra la Ley SHERMAN, con el fin de dominar el servicio de taxis y controlar, además, la compra de estos vehículos en las cuatro poblaciones de referencia, para que se compraran únicamente a CCM. Esto privaba virtualmente a los restantes fabricantes de taxis del ochenta y seis por ciento del mercado de Chicago, del quince por ciento del neoyorquino, de todo el de Pittsburgo y del cincuenta por ciento del de Minneápolis, a la vez que im-

pedía a las entidades citadas la libre elección de proveedor, con el resultado de que se veían obligadas a pagar más caros los coches, y de que el público soportaba tarifas más elevadas.

Los considerandos empezaban por afirmar que el aspecto cuantitativo no tenía significación, y que lo único que contaba era la existencia de "restricciones injustificadas" del comercio interestatal, "sin consideración a la cuantía del comercio afectada", así como la tentativa comprobada de monopolizar "cualquier porción" (any part) de ese tráfico, sin que el artículo 2º "especificara la magnitud de la parte que debía quedar afectada". Para el Supremo era suficiente que se tratase de "una parte apreciable". Ahora bien, el considerando fundamental era el que planteaba literalmente el litigio en el marco de la concentración vertical: "El hecho de que estas restricciones sucedan en un ámbito descrito por los recurridos como empresa integrada verticalmente (vertically integrated enterprise) no excluye necesariamente la prohibición de la Ley SHERMAN". A renglón seguido se insistía en que la cuestión de ilegalidad residía en la presencia o ausencia de una "restricción injustificada" y se concluía: "Esa restricción puede resultar tanto de una colusión entre quienes están afiliados o integrados bajo una propiedad común como de una conspiración entre quienes son en lo demás independientes..."

Más adelante se sentaba una regla que, a nuestro juicio, es una de las máximas áureas de la jurisprudencia antitrust: "Es más, el hecho de que la competencia restringida sea la que tiene lugar entre las compañías conexas entre sí no puede servir para negar la infracción de Ley cuando, como sucede en este caso, la interconexión es declaradamente uno de los medios de efectuar la colusión para la no competencia".

En consecuencia, se anulaba el fallo a quo y de-

volvían los autos al Tribunal de Distrito con la orden de que continuara las actuaciones ajustándose a las nuevas directrices de anulación.

Un año más tarde se dictó la Sentencia Columbia Steel Company, que vino en cierto modo a poner en entredicho el avance hermenéutico recién conseguido, y que debe su nombre a que la sociedad de referencia, filial de U.S. Steel al cien por cien, era la principal encartada. En 1947, el Gobierno Federal presentó demanda de "equidad", al amparo del artículo 4º, para impedir que U.S. Steel consumase, a través de sus filiales, la compra, que ya tenía concertada, de las instalaciones de Consolidated Steel Corporation, primer fabricante de acabados (fabricated steel products) en la costa occidental, arguyendo que la operación contravenía tanto el artículo 2º (intento de monopolizar) como el 1º (restricción del tráfico). Concretamente, el Fiscoal General aducía que el proyecto amenazaba reducir notablemente la competencia en el mercado occidental, tanto en el sector de acabados como en bandas y laminados, que eran la materia prima de aquéllos, y ponía de manifiesto, además, el designio de U.S. Steel de monopolizar la venta de terminados en la parte Oeste de los Estados Unidos. Se trataba, por lo tanto, de una integración horizontal y vertical a la vez e ilícita per se, sin que cupiese la "regla de razón".

Según los hechos probados (y no discutidos por U.S. Steel), representábase la producción de acero en dos fases: laminados y productos terminados, que a su vez se clasificaban en perfiles estructurales (structural fabrication) y chapa (plate fabrication), si bien el tipo de instalaciones requeridas para elaborar los primeros era completamente distinto del necesario para hacer chapa, y diferentes también los destinos de la chapa y los perfiles. Se había demostrado que U.S. Steel y sus filiales producían bandas laminadas, así co-



Consolidated sólo fabricaba perfiles estructurales y chapa. La primera era con sus filiales la mayor productora nacional de laminados, y sus ventas en el período 1937-1946, habían supuesto, a un promedio anual de mil quinientos millones de dólares, "casi exactamente el tercio de todos los laminados producidos en los Estados Unidos", mientras que la segunda había hecho en el quinquenio 1937-1941 ventas anuales medias de sólo veinte millones.

Se distinguía, además, como hemos dicho, Columbia Steel no sólo por su calidad de máxima productora de laminados en el litoral pacífico, sino también como agente de ventas de los laminados procedentes de otras entidades del grupo, y de los perfiles estructurales fabricados por otras dos, si bien ninguna de las sociedades dependientes de U.S. Steel en la zona oeste hacía terminados de clase alguna. En otras palabras, el grupo vendía, pero no fabricaba, acabados en esa región. Por su parte, Consolidated estuvo vendiendo sus artículos en once Estados durante los diez años anteriores (si bien esos Estados, todos calificables de "occidentales" grosso modo, no coincidían con los incluidos por el Censo estadístico en el grupo "Pacífico y Montañas Rocosas"). Ahora bien, en junio de 1946, obtuvo U.S. Steel, previa licitación, que la Administración Federal de Instalaciones de Guerra (War Assets Administration) le adjudicase en propiedad una enorme planta de laminados construida por el Gobierno en la población de Geneva, en el corazón de las Montañas Rocosas, con motivo de la guerra. Es significativo retener que, antes de adjudicar, la Oficina pidiera informe al Fiscal General, y que éste dictaminara la operación no constituía infracción de las leyes antitrust, en consideración a que la capacidad productiva de la licitadora había descendido en los últimos años en proporción a la capacidad de toda la siderurgia.

Consumada la adjudicación, U.S. Steel aceptó la oferta que de sus instalaciones le hizo Consolidated y concertó la compra en los términos indicados, con el objetivo de garantizar, según explicaron en el proceso los representantes de la entidad demandada, salida permanente a los laminados de Geneva. Los encartados presentaban, pues, la operación como corolario normal, casi obligado, de la adquisición de la planta de Geneva, cuya licitud nadie había impugnado.

Por otra parte, de 1924 a 1943 U.S. Steel había adquirido ocho firmas competidoras, gestión que el Fiscal General calificaba de propósito monopolístico caracterizado.

Uno de los aspectos más interesantes del proceso fue la determinación geográfica del mercado, tanto de laminados como de productos acabados, donde iban a repercutir los efectos de la operación concebida. Lógicamente el Fiscal se refería a la zona más reducida posible, a saber, los once Estados donde Consolidated vendía habitualmente, mientras que la defensa de U.S. Steel optaba por razonar que las transacciones se hacían a escala nacional, y por lo tanto, el mercado abarcaba todo el territorio del país.

En el aspecto de integración vertical, representado por la desaparición de la firma adquirida como consumidora o demandante independiente de laminados, el Tribunal de Distrito estimó, aun después de aceptar como mercado de referencia la zona de los once Estados, según sugería el Gobierno, que Consolidated no era "un mercado sustancial", ya que sus compras de semielaborados representaban una porción muy modesta del consumo regional, de tal modo que el traspaso a la U.S. Steel de sus instalaciones de terminados no perjudicaría a ningún competidor de la destinataria en el ramo de laminación. Ahora bien, la compra proyectada implicaba, asimismo, una concentración horizontal, puesto que al adquirir

la planta de Consolidated, el grupo U.S. Steel disponía de más elementos para fabricar perfiles estructurales, amén de convertirse en fabricante de chapa. Por añadidura, el Fiscal había señalado que desaparecería la competencia entre la citada firma y la National Tube en la venta de tuberías para gasoductos y oleoductos, a lo que los demandados replicaban que la tubería fabricada por Consolidated era normalmente más cara, y que, en la mayoría de los casos, si este producto se vendía a pesar de su mayor precio, era porque National Tube y otras empresas no podían satisfacer más pedidos. Por lo demás, el Fiscal proponía como referencia geográfica los consabidos once Estados occidentales, donde la participación del complejo adquirente era del diecisiete por ciento de las ventas totales del sexenio 1937-1942, y la Consolidated ascendía de un modesto cinco por ciento entonces a nada menos que el once por ciento en 1946. Los demandados pretendían, naturalmente, que se considerase el conjunto del territorio nacional, y especulaban, por otra parte, con que no existía apenas competencia entre protagonistas que rarísima vez habían hecho ofertas para los mismos proyectos u obras.

Juzgando el Tribunal de Distrito que no había competencia sustancial entre National Tube y Consolidated, y que el Gobierno no pudo demostrar que la firma compradora tratara de monopolizar la venta de acabados en la zona de autos, concluyó que el acuerdo de compra se había concertado por "sanas razones de negocios".

El Supremo abordó inicialmente la faceta vertical recogiendo en sus considerandos la afirmación de que U.S. Steel iba, según el Fiscal, a excluir a los demás fabricantes de laminados del mercado que para ellos suponía Consolidated, lo cual constituía una integración vertical ilícita per se, en virtud de la sentencia Yellow Cab, que había declarado ilegal

la adquisición de una empresa con el solo designio de utilizarla como destino de los productos de la adquirente, si la operación afectaba a un volumen apreciable del comercio entre Estados. El Supremo comentaba: "No consideramos que nuestra posición en el caso Yellow Cab haga ilegal la adquisición por United States Steel de este mercado para la colocación de su acero laminado, sin consideración del efecto de aquélla sobre las oportunidades de otros productores rivales para vender sus laminados. Al debatir los cargos formulados en el asunto Yellow Cab, dijimos que el hecho de que los consorciados estuviesen integrados no les eximía de la Ley de referencia, pero no que la integración societaria infringiese la Ley... Nada de lo dicho en el caso Yellow Cab avala la teoría de que todos los acuerdos de contratación en exclusiva (exclusive dealing arrangements) sean ilegales per se..... Los tratos en exclusiva.... entre Consolidated y United States Steel, originados por integración vertical o de otro modo, no son ilegales, al menos mientras el efecto.... no sea el de reducir injustificadamente las oportunidades de los competidores para vender su producto."

Los magistrados de Washington declaraban aceptar como mercado los once Estados de la zona de Consolidated, pero aún así observaban que la demanda de ésta sólo representaba el tres por ciento de la demanda regional de laminados, porcentaje que tendía a disminuir, por lo cual dictaminaban: "Aplicando los criterios sentados en el caso Paramount (111), concluimos que la llamada integración vertical resultante de la

---

(111) United States v. Paramount Picture, Inc. et alios (1948), 334 U.S. 131. Según esta sentencia, dos eran los "criterios" de "legalidad" de una concentración vertical a la luz de la Ley SHERMAN: primero, el propósito o intento con que se concibió; segundo, el poder que crease y el designio o intención correspondientes. Por lo tanto, era ilegal todo plan preconcebido de conseguir el dominio de una parte "apreciable" del mercado y restringir la competencia; y también lo era todo monopolio que, aun no ejercido, confiriese un poderío susceptible de excluir la competencia, siempre que fuera acompañado de la intención de hacerlo.

adquisición... no restringe injustificadamente las oportunidades de los competidores en la fabricación de acero laminado de vender su producto".

Respecto a la vertiente horizontal (fabricación de perfiles estructurales), el Supremo consideraba que, en realidad, las cifras del Gobierno demostraban que, como sugerían los encartados, la competencia se había entablado a nivel federal, y no sólo en los once Estados del oeste, ya que cinco de los diez fabricantes de más ventas en la zona tenían sus instalaciones en regiones distintas, entre ellos U.S. Steel y Bethlehem. Ahora bien, el Supremo no concluía ahí, sino que señalaba la necesidad de atender a un conjunto de datos:"...., no creemos que el volumen en dólares sea en sí mismo de importancia determinante; nos fijamos más bien en el porcentaje controlable del negocio, en el vigor de los restantes competidores, en si la acción deriva de necesidades del negocio o de un propósito de monopolizar, el desarrollo probable de la industria, la demanda para consumo, y otras características del mercado..." Infería el Tribunal que la eliminación de la competencia entre Consolidated y las filiales de U.S. Steel productoras de perfiles estructurales no suponía una restricción injustificada del tráfico, aun en la hipótesis dudosa de que en el futuro participase el grupo adquirente con el trece por ciento de las ventas en la zona de los once Estados y la planta de Consolidated con el once por ciento, habida cuenta de que la industria siderúrgica se desarrollaba rápidamente en la parte oeste del país. Igualmente se deducía que no implicaba "restricción injustificada" la desaparición de la puja entre Consolidated y National Tube, ya que la rivalidad se había reducido a las tuberías de gran diámetro.

Por último, en cuanto al cargo de que la adquirente trataba de monopolizar la fabricación y venta de productos ter

minados en la zona de Consolidated, los magistrados no descartaban a priori la posibilidad, y reprochaban al Tribunal a quo estrechez de criterio, pues el hecho de no haber incurrido los encausados en infracción al artículo 1º, no excluía automáticamente la "intención especial de monopolizar". Precisamente para probar esa "intención especial" había relatado el Fiscal la serie de adquisiciones de la U.S. Steel. Después de una brevísima referencia al fallo U.S. Steel veintiocho años atrás, la suprema instancia federal subrayaba que no sólo había que considerar las compras anteriores, sino la adjudicación a la demandada de la planta de Geneva, hecho que virtualmente ponía a la adjudicataria en la necesidad de buscar una salida segura para los laminados que allí se produjesen; ahora bien, la salida igual podía conseguirse comprando una fábrica ya existente que construyendo una nueva, y si U.S. Steel hubiese elegido esta segunda solución, difícilmente se le podría reprochar nada. En estas condiciones, la compra de las instalaciones de Consolidated no implicaba infracción de la Ley SHERMAN. Por otra parte, reteniendo que la participación de U.S. Steel en el mercado nacional de laminados había decaído constantemente (del 50,1% en 1901 al 30,4% en 1945) y de que, aun siendo "impresionante" el tamaño del grupo, también lo era el de una industria siderúrgica en ~~trama~~ expansión, no cabía hablar con fundamento de monopolio. En conclusión, el Supremo confirmaba en todas sus partes la sentencia recurrida y desestimaba las pretensiones del Gobierno.

No procede una crística detallada de la sentencia, pero sí apreciar someramente que la parte relativa a la faceta horizontal peca de superficialidad, pues la cuestión que el Supremo habría debido debatir era, a nuestro entender, si realmente fueron necesarias para la sana expansión del negocio en condiciones normales las ocho compras de firmas siderúr-

lidated. Por otra parte, no es satisfactoria la explicación de que al fin y al cabo tanto montaba que U.S. Steel se erigiese una fábrica propia de acabados en la zona oeste, como que comprase una ya existente, pues en el primer caso no se eliminaba la competencia que encarnaba de Consolidated, mientras que en el segundo desaparecía ipso facto. Tampoco se explicaba por qué el lanzamiento comercial de los laminados de Geneva exigía la adopción de una de esas vías, pues lo normal era que el grupo siguiese vendiendo como en el pasado a clientes diversos; no era forzoso ni inevitable que los laminados se colocaran únicamente en fábricas de acabados pertenecientes al grupo.

10.- La reforma del artículo 7º de la Ley CLAYTON.-

a). Antecedentes inmediatos: Guerra Mundial y colosalismo.

La Primera Gran Guerra estableció un precedente al movilizar la capacidad fabril de las empresas dominantes al servicio de la producción de armamentos, pero el esfuerzo industrial exigido por la Segunda, desde fines de 1941 al otoño de 1945, rebasó toda conjetura, y su propia magnitud determinó, por un lado, la aceleración del proceso denunciado, como se recordará, por BERLE y MEANS, en 1932, y estadísticamente analizado por el Temporary National Economic Committee (1937-1941), y por otro, en el orden puramente técnico, el aumento de dimensión empresarial en los sectores de material estratégico. KAPLAN relata (op. cit., página 49) que de los dieciocho mil millones de dólares en fábricas de guerra construidas entre 1940 y el final de 1943, casi las tres cuartas partes consistían en unidades que excedían de diez millones de dólares, y casi la tercera, de unidades de más de cincuenta millones de dólares. Según el dicente, la Comisión Federal de Comercio recordaba, en un informe especial (112), (112) Report on the present trend of corporate mergers and acquisitions, pag. 7 (1947).

que de 1940 a 1946 el proceso de movilización y consiguiente <sup>no</sup> desmovilización industrial había provocado la fusión de <sup>no</sup> menos de mil seiscientos cincuenta y ocho compañías, de las cuales casi la tercera parte fueron absorbidas por sociedades cuyos activos alcanzaban o excedían los cincuenta millones de dólares.

El informe señalaba, además, que aumentaban alarmantemente las compras inter-societarias, y sugería que la tendencia quedaría frenada taponando la "brecha de la compra de activos" (the assets loophole). Se habían consumado nada menos que ochocientas adquisiciones de 1940 a 1947, si bien se reconocía que en pocas se trataba de industrias de alto grado de concentración. La característica principal había sido el predominio de las compras de pequeñas firmas por grandes compañías, y se clasificaban esas degluciones corporativas en un sesenta por ciento, horizontales, un diecisiete por ciento, verticales, y el restante veintidós por ciento, "conglomeradas" (conglomerate), atribuyéndose la primera variedad al "deseo de las empresas voluminosas de eliminar competidores enojosos que producen un tipo semejante de mercancías".

Eran incitantes las consideraciones sobre las modalidades vertical y conglomerada: "Las integraciones verticales surten un efecto especialmente riguroso sobre la pequeña empresa en épocas como la actual, aquejadas por escasez de materias primas, piezas componentes, etc. Durante estos períodos, las firmas grandes se vuelven a menudo aguas arriba para adquirir a proveedores importantes, y al hacerlo, reducen el volumen de oferta disponible para el pequeño negocio independiente.... La tercera vía de expansión, la compra conglomerada, contribuye en gran medida a la concentración de poder económico, ya que aboca a la absorción de muchas firmas modestas en sectores productivos distintos y frecuentemente inconexos".

En 1947, clamó el dinámico Representante demócrata



ESTES KEFAUVER (113), precisamente en un debate sobre un proyecto de reforma del artículo 7º: "Esta nación se fundó y construyó por hombres que creían en el individualismo, y ha crecido bajo un sistema dirigido de modo preponderante por el capital individual. La aumentativa concentración del poder económico amenaza condenar la libre empresa. La tendencia actual de las grandes corporaciones a incrementar su poderío económico es la antítesis del desarrollo competitivo por méritos".

En su informe de 1947 sobre el Estado de la Unión, recordaba el Presidente TRUMAN la "investigación completa" consumada por el Comité Transitorio en 1941 acerca de la "creciente concentración de poder en manos de un pequeño número de organismos gigantescos", y añadía: Durante la guerra se aceleró esa antigua tendencia a la concentración económica. En consecuencia, ahora ..... en grado mayor que nunca hay industrias enteras dominadas por una o varias grandes entidades capaces de restringir la producción para obtener más beneficios y disminuir correlativamente el empleo y el poder adquisitivo". El Presidente utilizaba un concepto, concretamente "la concentración de poder" que, puesto en circulación por juristas y economistas en la década precedente (114), desbordaba el marco estricto de la competencia por la conquista de un mercado, y se refería a un fenómeno de alcance más político aún que comercial, a saber, la posibilidad de una minoría de grupos particulares para influir decisivamente en las variables básicas del desarrollo nacional.

---

(113) Nacido en Madisonville, Tennessee, en 1903, y licenciado en Leyes, KEFAUVER fue elegido miembro de la Cámara de Representantes en 1939, y siguió formando parte de ella hasta que en 1948 fue elegido senador. En 1956 fue elegido candidato demócrata para el puesto de Vice-presidente, formando equipo con ADL STEVENSON. Más tarde fue nombrado Presidente del Subcomité del Senado sobre Política Antitrust y Monopolios, cargo que ocupaba al sorprenderle la muerte en 1963. Desempeñó una labor sumamente eficaz, y publicó libros de divulgación sobre el tema, por ejemplo "In a new hands" (Pantheon Books, 1965)

(114) Sobre todo BERLE y MEANS, op. cit., págs. 21 y sigs.

tes: En primer término, el Congreso votó en 1944 la Ley de Propiedades Sobrantes (Surplus Property Act 1944, 58 STAT, 765) para que el Gobierno vendiese las fábricas de material bélico (war assets) a compañías nuevas o medianas, pero no a las firmas que ya dominaban sus sectores respectivos, venta sólo factible previo informe favorable de la Fiscalía General desde el punto de vista de la competencia; en segundo lugar, el Departamento de Justicia atacó a determinadas corporaciones para destruir su poderío. Sin embargo, los resultados fueron mediocres. Las "fábricas de guerra" eran en su mayoría de tal naturaleza que sólo podían venderse a las mismas firmas que habían estado explotándolas como arrendatarias o concesionarias, y que normalmente eran de envergadura sobresaliente. Así, hemos visto que la fábrica de laminados de Geneva fue adjudicada por fin a su propia constructora U.S. Steel, a falta de ofertas aceptables, en 47,5 millones de dólares, siendo así que en realidad valía 200 millones. Excepciones fueron los ramos del aluminio y el automóvil: las plantas construidas para la Administración por ALCOA se arrendaron o vendieron a otras dos sociedades, KAISER y REYNOLDS, que han seguido desarrollándose y riñen hoy ininterrumpida y durísima batalla contra la primera y los grandes productores no americanos. La gran fábrica de Willow Run, erigida por la compañía Ford para fabricar aeroplanos, se arrendó a KAISER-FRAZIER para la construcción de automóviles.

En cuanto a la actuación de las autoridades anti-trust, ya se ha visto que el Tribunal Supremo desestimó la demanda del Gobierno contra U.S. Steel. Los dos únicos episodios judiciales, resonantes por su significación doctrinal más que por su proyección económica, fueron los casos ALCOA y DUPONT DE NEMOURS en el marco, respectivamente, de la Ley

El Fiscal General acusó a Aluminum Company of America del monopolio virtual de cualesquiera especies de aluminio, en el comercio interestatal y en el exterior, solicitando que la corporación fuese disuelta, y le imputó, además, la adopción de un acuerdo colusorio (conspiracy) con Aluminum Limited para restringir el comercio. El Tribunal del Distrito Sur del Estado de Nueva York desestimó la pretensión, y el Gobierno apeló directamente ante el Supremo, que, por falta de quorum, endosó el litigio para resolución definitiva al de Apelación del Segundo Circuito. Este declaró culpable a ALCOA del cargo principal, que era haber monopolizado sistemáticamente, desde su fundación, con el designio de impedir el acceso de cualesquiera rivales, el mercado norteamericano de aluminio, tanto "virgen" (de primera fusión) como "secundario" (de objetos manufacturados), especialmente en el período 1929-1938, durante el cual había llegado a detentar el noventa por ciento de las ventas.

Original e ingeniosa, si bien discutible, fue la interpretación de los magistrados sobre la ilicitud del monopolio: "Queda sentado, al menos en cuanto al artículo 1º (de la Ley SHERMAN), que hay algunos contratos restrictivos de la competencia que son ilegales, por muy beneficiosos que puedan ser; no hay necesidad industrial que los justifique; están absolutamente prohibidos... la única diferencia entre ellos y un monopolio es que, si bien un monopolio necesariamente implica un poder igual, o aún mayor, de fijar precios, cabría pensar que su simple existencia no constituye ejercicio de ese poder. La distinción es, empero, puramente formal; sería válida sólo mientras el monopolio permaneciese completamente inactivo; desaparecería tan pronto como el monopolio comenzase a operar, pues en cuanto lo hiciera -es decir, en el momento en que empezara a vender- tendría que vender a un precio determi-

nado, y el único precio al que pudiese vender sería un precio fijado por él mismo. Se sigue que necesariamente deben coincidir el poder y su ejercicio. Sería, en efecto, absurdo condenar esos contratos incondicionalmente, y no extender la condena a los monopolios; ya que los contratos sólo son pasos hacia ese dominio total que el monopolio confiere; son en realidad monopolios parciales".

Se trata de un pronunciamiento tanto más categórico cuanto que en considerandos anteriores se declara que, aún habiéndose probado que los beneficios de ALCOA sobre el capital invertido sólo habían sido del diez por ciento, al menos en las ventas de lingote, "no es disculpa para monopolizar un mercado que el monopolio no se haya utilizado para obtener del consumidor más que un beneficio "lícito" (fair profit). La Ley tiene designios más amplios..."

No es momento de discutir el fundamento de las afirmaciones transcritas. Sí interesa, en cambio, apuntar que, según la generalidad de los glosadores del ordenamiento anti-trust, la sentencia ALCOA acabó con la "regla de la razón", que distinguía monopolios "buenos" y monopolios "malos". Ahora bien, el Tribunal reconocía, acatando elementales consideraciones de realismo económico, que lo delictivo no era la situación monopolística en sí, sino el resultado conseguido en virtud de un plan deliberado. Efectivamente, los considerandos puntualizaban que ALCOA no se había limitado al papel de "beneficiario pasivo" de un monopolio, como consecuencia de la "eliminación voluntaria de competidores por fuerzas económicas de efectos automáticos"; por el contrario, la hegemonía excluyente de que disfrutaba "sólo podía resultar, como de hecho resultó, de una determinación constante de mantener el control en cuya posesión se hallaba desde 1912". No se trataba, pues, del monopolio "impuesto" al monopolista (thrust upon him) por circunstancias ajenas a su voluntad, ni tampoco

del simple resultado de una intrínseca superioridad técnica y comercial, sino de que el encartado había hecho abortar los intentos de otras empresas por entrar en el mercado, con métodos que si no ilícitos en sí, verbigracia la ampliación de la capacidad productiva cada vez que se cernía la posibilidad de que apareciera un competidor, no dejaban de suponer la "exclusión" de toda rivalidad.

Por lo tanto, la sentencia condenaba a la compañía, pero reconociendo los cambios "revolucionarios" acaecidos en el sector del aluminio durante los casi cinco años transcurridos desde 1940, declaraba innecesaria, más aún económicamente perjudicial, la disolución, invocando como razón adicional la propia Ley de Propiedades Sobrantes, en virtud de la cual venderían las agencias federales las fábricas del Estado en forma susceptible de "desalentar prácticas monopolísticas y fortalecer la posición competitiva de las pequeñas entidades empresariales en una compañía de libre empresa", a reserva de que "si las autoridades vendedoras no logran una situación competitiva", intervendría el Tribunal de Distrito. Devueltos los autos por el Supremo para las medidas de ejecución, el Tribunal de Distrito ordenó a los poseedores de acciones en entrambas compañías (ALCOA y Aluminum, Ltd.) que vendieran uno de los dos paquetes. Simultáneamente, la Junta de Propiedades Sobrantes (Surplus Property Board) prometió a cuantas empresas quisieran ingresar en la industria del aluminio el libre acceso a las reservas o depósitos estratégicos de abuxita almacenados por el Gobierno, incluso la ayuda necesaria para conseguir del extranjero esta materia prima, y presionar a ALCOA para que pusiera sus patentes a disposición de los futuros competidores sin cobrarles los derechos.

La sentencia ALCOA sentó en la definición judicial del monopolio un sugestivo precedente, confirmado al año siguiente a propósito del segundo gran litigio antitrust contra

American Tobacco Company, dentro del cual el Supremo, desestimando el recurso de la demandada, definió el término "monopolizar" como "el poder de controlar y dominar el tráfico y comercio interestatal de un producto hasta el punto de excluir del mercado a los competidores efectivos y potenciales, y además, la intención de ejercer ese poder" (115). Uno de los considerandos puntualizaba incluso que "el argumento decisivo para determinar si existe monopolio no es que suban los precios y se elimine la competencia cuando se desea hacerlo". Lo determinante era, pues, únicamente que existiese el poder, acompañado de la intención de ejercerlo.

La segunda gran batalla judicial contra las fusiones abocó, en realidad, a una victoria póstuma, ya que, entablada en 1949 al amparo del artículo 7º de la Ley CLAYTON, no se resolvió hasta 1957, a los seis años largos de la reforma del precepto, y por eso no la hemos consignado antes en el epígrafe que teóricamente le correspondía. Parodiando a un dramaturgo de nuestro Siglo de Oro, diríamos que ha sido "reinar después de morir" el destino del artículo 7º.(116).

En 1949 el Departamento de Justicia demandó a DUPONT DE NEMOURS, la más vasta empresa química del mundo, entonces y ahora, en cuanto a volumen de ventas, por haber adquirido entre 1917 y 1919, o sea tres décadas atrás, el veintitrés por ciento del capital de General Motors Corporation, operación que le valió la posición de proveedor preferente de artículos para revestimiento de carrocería. Después de un largo proceso, el Supremo falló por cuatro votos contra dos, que efectivamente Dupont había infringido el artículo 7º, sentando en particular cinco principios rectores:

(115)Cfr. IRWIN M. STELZER, op. cit.,pág. 27, in fine. Pronunciamiento parecido se encuentra en el fallo United States v. Griffith, 334 U.S. 100, 107 (1948), cit. por KRONSTEIN,DOMMER & MILLER, op. cit., pág. 27, nota 3.

(116) Ver extenso extracto en IRWIN STELZER, op. cit., páginas 66-74.

1º.- El precepto era de aplicación tanto a integraciones verticales como a concentraciones horizontales; era la conclusión más novedosa y sugestiva.

2º.- El precepto no sólo se aplicaba en el momento de la adquisición accionaria o poco después, sino también "en cualquier momento en que sea evidente la amenaza de (que se produzcan) los efectos prohibidos".

3º.- El criterio para determinar si hay ilegalidad en las operaciones de signo vertical consistía en dilucidar - si había o no probabilidad racional de que la adquisición abocase a excluir a los competidores de la corporación adquirente de una proporción sustancial del mercado del artículo vendido o suministrado a la sociedad adquirida y a sus rivales, no siendo necesario probar que había existido de modo efectivo trato preferente a favor de la entidad compradora.

4º.- Para determinar el ámbito de mercado en sentido técnico (line of commerce), era suficiente demostrar la existencia/de usos y características del producto lo bastante diversos como para que resultaran distintas de cualesquiera otros artículos del mismo género empleados en otras industrias".

5º.- El mercado de referencia (the relevant market) debía ser considerable y el Gobierno tenía que probar cierta probabilidad de que la competencia quedara "excluida" (foreclosed) en "una porción sustancial" de ese mercado, para lo cual bastaría que se hallase en juego un volumen significativo de ventas.

Se devolvieron los autos al Tribunal de Distrito para que decidiera, después de oír a las partes, los remedios de equidad (equitable relief) necesarios y adecuados al interés público. El Tribunal de Distrito atendió a las manifestaciones de Du Pont en cuanto a los perjuicios "ruinosos" que en el orden fiscal le podría acarrear la venta forzosa del paquete accionario ilegalmente adquirido, y autorizó en conse-

cuencia a la compañía a retener las acciones, si bien privadas del derecho de voto. Apeló el Departamento de Justicia por considerar insuficiente la medida, y el Supremo casó el fallo y ordenó esta vez (1962) al órgano a quo que dictara auto de enajenación total, a la vista de lo cual el Congreso votó una reforma tributaria que permitía tratar la distribución de acciones por Du Pont como producto de capital y no como dividendo.

El fallo de 1957 suscitó inusitada expectación, hasta el punto de que uno de los magistrados disidentes afirmó que la Ley CLAYTON había resultado ser "un gigante dormido" durante los treinta y seis años de vigencia del texto original.

c). La Ley CELLER-KEFAUVER de 1950: complemento y reforma.

La nueva redacción adoptada al mediar la centuria no sólo completa el texto de 1914, introduciendo referencia expresa a las compras de "activos" de firmas competidoras, sino que modifica el módulo de ilegalidad. Realmente la preocupación originaria de la Administración Federal y los miembros del Congreso pretendía más bien resolver el primer punto, y no es excesivo afirmar que el segundo aspecto no se planteó hasta ya abierto el proceso parlamentario.

a' - Precedentes legislativos.- De 1921 a 1949, se presentaron al Congreso hasta veintiún proyectos distintos (bills) de modificación al artículo 7º (DAVID D. MARTIN, op. cit., págs. 221-226), pero la campaña propiamente dicha empezó cuando el Comité Económico Nacional Transitorio formuló sus recomendaciones finales en 1941. Efectivamente, hubo dieciséis proyectos entre 1943 y 1949 en los Congresos octogésimo primero y octogésimo segundo, hasta que finalmente se aprobó la Ley CELLER-KEFAUVER el 29 de diciembre de 1950.



Cabría clasificar en tres categorías las propuestas de reforma: primera, las que, siguiendo la recomendación del Comité, sugerían la previa aprobación de toda compra de capital o de activos siempre que las corporaciones implicadas sobrepasaran determinada dimensión absoluta; segunda, las que incluían, simplemente, la adquisición de elementos físicos en las prohibiciones de la Ley, conservando el mismo criterio de ilegalidad, y tercera, las que aconsejaban proscribir así las compras de activos como las de capitales, modificando además el criterio de ilegalidad. A esta tendencia respondía la Ley finalmente adoptada.

Evidentemente sería ocioso, amén de prolijo, enumerar todos los proyectos. He aquí, pues, los más importantes, grosso modo.

En 1945, a los dos años de que el Senador O'MAHONEY y el representante SUMNERS introdujeran sendos proyectos inspirados en las propuestas del Comité, sin obtener el menor resultado, el propio O'MAHONEY replanteó su proyecto, mientras que el representante KEFAUVER sometía a la Cámara baja otro, que fue examinado y aprobado unánimemente, con leves alteraciones, por el Comité Judicial. Con arreglo a él (H.R.4810), era preceptiva la aprobación previa de la Comisión Federal si las ventas de las sociedades interesadas habían supuesto en conjunto, el año anterior, el cinco por ciento de las ventas totales en los respectivos sectores. Igualmente preveía el proyecto que la Comisión sólo podría aprobar la adquisición si comprobaba que: a) no quedaría sustancialmente mermada la competencia, ni restringido el comercio, ni se tendería a crear un monopolio (por todo el territorio nacional o parte de él), en el ramo o industria de referencia; b) que el tamaño de la adquirente después de la operación cohonestara la existencia y mantenimiento de competencia efectiva en el comercio, industria o sector de comercio en cuestión; c) que la adquisi-

ción no redujese el número de compañías competidoras en el tráfico, industria o sector comercial de referencia hasta el punto de mermar sustancialmente la eficacia de la competencia; d) que la corporación compradora no hubiese cometido métodos desleales de competencia, infringiendo la Ley de la Comisión Federal de Comercio, con objeto de forzar la adquisición o eliminar la competencia de la sociedad cuya compra se pretendía.

Aunque los criterios de licitud asignados a la Comisión no incluían, según lo transcrito, el "test" de la competencia específica entre las firmas adquirente y adquirida, el proyecto H.R. 4.810 conservaba este módulo en los dos primeros apartados del artículo, y por otra parte, el informe o ponencia del Comité Judicial sugería que no se proyectaba modificar el criterio básico de legalidad. Lo que realmente el Comité deseaba era extender la aplicación del artículo 7º de la Ley CLAYTON a las compras de activos, con una cláusula de aprobación previa a fin de evitar los problemas que implicaba la disolución de una fusión ya consumada.

El todopoderoso Comité de Reglamentos (House Rules Committee), árbitro del destino y procedimiento de cualesquiera proyectos y proposiciones de ley, y, durante largas décadas, reducto caciquil de intereses inmovilistas (117), denegó el examen del proyecto KEFAUVER, seguramente, como más tarde explicó su autor, por hostilidad de principio a la previa autorización administrativa. Volvió a la carga el Comité Judicial presentando una nueva versión, con la única novedad de suprimir el citado requisito (H.R. 5.535), pero el Comité de Reglamentos se opuso otra vez a la mínima oportunidad de lectura, y el proyecto feneció con el mandato del 79º Congreso. De haberse aprobado, la propuesta KEFAUVER habría pro

---

(117) Vide MANUEL FRAGA IRIBARNE, "La reforma del Congreso de los Estados Unidos", Madrid, 1951, págs. 219-231 (Ediciones Cultura Hispánica).

hibido las compras de activos exactamente bajo las mismas condiciones en que vedaba la adquisición de acciones la versión original de la Ley.

En el primer período de sesiones del Congreso siguiente (el 80º), el batallador KEFAUVER y el no menos combativo O'MAHONEY reiteraron su propuesta cada uno en su Cámara (H.R. 515 y S. 104, respectivamente). La proposición O'MAHONEY, que exigía la previa autorización de la Comisión Federal de Comercio para toda adquisición por una sociedad cuyos activos se valoraran en un millón de dólares, por lo menos, de capital o activos de otra cuyos activos se valorasen en cien mil dólares o más, ni siquiera fue dictaminada por el Comité Judicial del Senado. En la Cámara de Representantes el Comité Judicial celebró largas sesiones acerca de la nueva sugestión de KEFAUVER, la cual (H. R. 3.736) fue aprobada con bastantes modificaciones por el Comité en 1947. Mas por tercera vez se interpuso el Comité de Reglamentos, y no hubo, por lo tanto, debate en el Pleno.

b' - La gestación del texto definitivo.- Durante el primer período de sesiones del 81º Congreso, el representante MANSFIELD propuso un proyecto según el cual conservaba el artículo 7º el mismo criterio de ilicitud, pero con cláusula de aprobación previa, y sus colegas JACKSON, HOBBS y CELLER introdujeron sendas proposiciones esencialmente similares a la última de KEFAUVER, hincadas las tres en la proscripción de la compra de activos con arreglo a determinada consideración de ilicitud en que ya no se mencionaba el grado de competencia entre las firmas protagonistas (acquiring-acquired test, según la terminología técnica). Mientras tanto KEFAUVER, elegido Senador, y O'MAHONEY presentaban idéntica proposición a la Cámara alta (S.56).

Tras deliberaciones en el seno de un Subcomité o Ponencia, la Comisión Judicial en pleno de la Cámara de Represen-

proposición CELLER (.H.R.2.734) con fecha 4 de agosto de 1949. CELLER consiguió rodear el escollo del Comité haciendo que el texto se debatiera en el pleno de la Cámara, y logró que se aprobara el proyecto sin modificación alguna el 15 de agosto de 1949, por 223 votos contra 92 y 117 abstenciones. El Senado no trató de la proposición conjunta KEFAUVER-O'MAHONEY, pero en septiembre de 1949 y febrero siguiente deliberó una Ponencia de la Comisión Judicial sobre el texto votado por la Cámara baja, y el 2 de junio de 1950 lo dictaminaba favorablemente. Con leves modificaciones recomendadas por la propia Comisión, el Pleno aprobó el proyecto el 13 de diciembre por 55 votos a favor, con 22 en contra y 19 abstenciones. El Presidente HARRY S. TRUMAN firmó la Ley el 29 de diciembre de 1959, que figuró como fecha oficial de la nueva disposición, con el largo nombre "Ley por la que se modifica otra intitulada ""Ley que completa las existentes contra restricciones ilícitas y monopolios, y para otros fines"", aprobada el 15 de octubre de 1914 (38. Stat. 730) y posteriormente modificada" (Ley Pública, nº 899). Ahora bien, en reconocimiento a sus promotores directos, se la conoce con el título abreviado de "Ley CELLER-KEFAUVER" y también ""Ley antifusiones CELLER-KEFAUVER"" (CELLER-KEFAUVER Antimerger Act).

Antes de reproducir el texto definitivo, procede exponer grosso modo las principales posiciones perfiladas en cinco años de debates.

Los partidarios del proyecto se basaron en dos argumentos fundamentales que de un modo u otro han sido explanados varias veces: necesidad de rellenar "la brecha de las compras de activos", prohibiéndolas del mismo modo que la Ley CLAYTON primitiva hiciera con las adquisiciones accionarias; y urgencia de poner coto a la aumentativa integración societaria.

Fue aquélla la consideración más invocada, al ser también

anuales y extraordinarios de la Comisión Federal de Comercio, y por influencia suya, del Comité Nacional Transitorio, y llegó a crear en los parlamentarios hostiles al poder de los monopolios la convicción de que al votar la Ley CLAYTON en 1914, el Congreso se había propuesto prevenir o evitar de antemano las integraciones monopolísticas (monopolistic mergers) pero como la fórmula más usual entonces era la compañía holding, sólo se prohibieron las compras de títulos, y nadie reparó en que el mismo resultado ilícito podía lograrse por la adquisición de activos, como no tardó mucho en suceder. Se había tratado, en suma, de una omisión derivada de la infrecuencia, a principios de siglo, de los casos de integración por transferencia de elementos físicos. Tesis más que discutible, ya que, como han demostrado estadísticamente autorizados especialistas de la historia económica y el derecho antitrust, algunas de las integraciones más resonantes se hicieron por compra de activos o por la vía mixta de adquirir a la vez activos y títulos accionarios(118).

En cuanto al alud de concentraciones que se desencadenaba sobre los Estados Unidos como efecto reflejo de la economía bélica, los representantes y senadores temerosos del proceso relacionaban expresamente las fusiones de empresas y el aumento del índice de concentración en las industrias básicas, es decir, del porcentaje de ventas de las firmas de vanguardia respecto a las ventas totales, pero la verdad es que, sin que quepa negar el influjo siempre y por doquier de las integraciones societarias en el ratio de concentración, los debates no fructificaron en conclusión alguna respecto a tres

---

(118) Así, DAVID D. MARTIN, op. cit., páginas 237-240, llega a sostener que la adquisición accionaria no era el método habitual, apoyándose en SEAGER y GULICK, Jr ("Trust and Corporation Problems", Nueva York, 1929, Harper & Bros) y en ARTHUR S. DEWING ("Corporate Promotions and Reorganization"; Cambridge, 1914, Harvard University Press).

segundo, cuál la correlación precisa del proceso y el grado relativo de concentración; tercero, cuál sería el efecto de la modificación del artículo 7º en las compras societarias y, por consiguiente, en la concentración y grado de competencia efectiva en el conjunto de la economía.

Frente a las opiniones resumidas, los adversarios del proyecto argüían, en suma, que era innecesario, desde el momento en que la Ley SHERMAN cumplía adecuadamente la función de prevenir el monopolio. Algunos negaban la correlación automática de compras societarias y concentración de poder económico, entre ellos el Senador DONNELL que, citando estadísticas del período 1940-1947 (119), señalaba que, afectando principalmente a compras de empresas pequeñas por otras poderosas, el movimiento no tenía efecto apenas en "la concentración societaria" (corporate concentration).

En realidad, ya desde los proyectos de 1945, la discusión se centraba en la interrogante de si la reforma sumiría en ilegalidad adquisiciones que eran lícitas a la luz de la Ley SHERMAN. La mayoría, tanto de los partidarios como de los adversarios de la revisión, se inclinaba por la afirmativa. Los segundos sentían la aprensión de que cayeran bajo el rigor del derecho antitrust operaciones no perjudiciales al interés público, por ejemplo, las adquisiciones de firmas modestas que no tenían otro modo de vender dignamente sus instalaciones en caso de retirarse del mercado. A lo cual replicaban los valedores que justamente se debían prevenir en nombre del interés general esos supuestos, para extirpar posibles gérmenes de monopolio, mientras que la Ley SHERMAN sólo proscribía integra-

---

(119) Artículo de JOHN LINTNER y KEITH BUTTERS, "Effect of mergers on Industrial Concentration, 1940-1947", en The Review of Economics and Statistics, vol. XLII (febrero 1950).

ciones manifiesta y consumadamente monopolísticas. Así, durante la discusión del proyecto H.R. 515 del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, CLIFFORD P. CASE había expresado su temor de que la Ley prohibiese cualesquiera fusiones de competidores, aunque tuvieran proporción insignificante en el mercado, y que en cambio permitiera integraciones de sociedades no directamente competidoras, no obstante la posibilidad de acarrear graves restricciones de la competencia en determinados sectores. Reconociendo el fundamento de las objeciones, KELLEY, Jefe de la Asesoría Jurídica de la propia Comisión Federal, propuso una nueva redacción que sustituiría toda referencia al grado de competencia entre adquirente y adquirida, por una alusión al grado de competencia "en cualquier sector, comunidad o área comercial". Así abandonaba la Comisión Federal de Comercio el criterio de rivalidad específica entre las partes, y, por primera vez, reconocía públicamente la viabilidad de una solución intermedia a los textos de 1890 y de 1914, que fue la adoptada al final, con la esperanza de proscribir operaciones que escapaban a la Ley SHERMAN, sin declarar condenables, al mismo tiempo, todas las adquisiciones de firmas.

Al discutirse el proyecto H.R. 3.736 de KEFAUVER, la ofensiva contra la reforma se montó sobre un argumento principal: la Ley SHERMAN bastaba a prevenir toda adquisición de activos susceptibles de perjudicar el interés público, mientras que si se modificaba el texto CLAYTON, el máximo realizable sería impedir la concentración de los pequeños para hacer frente a los grupos dominantes; de otra parte, no se evitaba el peligro con la supresión del binomio adquirente-adquirida, ya que los tribunales interpretarían la expresión "en cualquier sector, comunidad o área comercial" en el mismo sentido que la frase primitiva "competencia entre la adquirente y la adquirida". La propuesta KELLEY era, por lo tanto, ino-

la competencia en una zona cualquiera, por pequeña que sea, - estás violando la Ley"

El alegato (desarrollado por el Representante MONTAGUE) surtió efecto determinante en la Comisión Judicial, que, si bien dictaminó favorablemente el H. R. 3.736, suprimió las palabras "comunidad o área comercial", de suerte que el texto dijese: "cuando en cualquier sector de negocio (in any line of commerce) de una parte cualquiera del país, el efecto de esa adquisición pueda ser el de reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio". Por lo demás, la mayoría de la Comisión rechazó el argumento de que ya era suficiente la Ley SHERMAN, comentando, no sin razón, que en ese caso habría que derogar, incluso, el artº 7º del texto CLAYTON en lo relativo a compras de acciones.

Cuando se dictaminó favorablemente el proyecto H.R. 2.734 por la Comisión Judicial de la Cámara, dos años más tarde (agosto de 1949), ya no hubo votos particulares. Es indiscutible que a esta unanimidad contribuyó la jurisprudencia de aquellos años, prueba palmaria de que la Ley SHERMAN no prohibía automáticamente las compras de elementos fabriles. En efecto, el dictamen de la Comisión Judicial decía que, si bien las sentencias del Supremo en los asuntos ALCOA y AMERICAN TOBACCO difundieron la impresión de que el texto de 1890 era suficiente para resolver "el problema económico" al que respondía el proyecto, en realidad no habían condenado el poder de monopolio como hecho independiente, o al menos discernible, separable, de los demás cargos de acusación, sino involucrado en un complejo indisociable. Concluía el dictamen: a) que el Departamento de Justicia había mantenido que, además de la Ley decana, hacía falta una modificación de la Ley CLAYTON, y b) que en una decisión posterior a los casos Alcoa y Tobacco, precisamente Columbia Steel Co., el Supremo había sostenido que la ad-



ta Oeste (como se recordará la Consolidated Steel Co.) no violaba la Ley SHERMAN.

El Comité Judicial del Senado rechazó, igualmente, en su dictamen el argumento de que la Ley SHERMAN se adecuara a la evitación de fusiones consideradas contrarias al interés público.

c' - El texto definitivo del artículo 7º.- Los cambios más importantes se hicieron, naturalmente, en los dos primeros párrafos, que transcribimos a continuación (en italica, lo nuevo; entre paréntesis, lo derogado): "Ninguna corporación dedicada al comercio adquirirá, directa o indirectamente, la totalidad o parte del capital accionario, y ninguna corporación sujeta a la de la Comisión Federal de Comercio adquirirá la totalidad o parte alguna de los activos de otra corporación también dedicada al comercio, si en algún sector del comercio en cualquier parte del país el efecto de esa adquisición puede ser el de reducir sustancialmente la competencia (entre la corporación cuyo capital se adquiriera de ese modo y la corporación que efectúa la adquisición, o restringir ese comercio en cualquier parte o comunidad) o tender a crear un monopolio en cualquier sector del comercio".

El párrafo segundo decía: "Ninguna corporación podrá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o parte del capital accionario o del capital en otra clase de participaciones, y ninguna corporación sujeta a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio podrá adquirir la totalidad ni una parte de los activos, de una (dos) o más corporaciones dedicadas al comercio, si en cualquier sector del comercio en una parte del país, el efecto de esa adquisición, de esos títulos o activos, o del uso de ese capital por medio del voto o de la procuración o de algún otro modo, pueda reducir sustancialmente la competencia (entre esas corporaciones o una de ellas cuyo

capital-accionario u otra clase de títulos se hayan adquirido de esa manera, o restringir ese comercio en cualquier sector o comunidad) o el de crear un monopolio en un sector cualquiera del comercio".

No experimentaban alteración los párrafos cuatro (excepción relativa a la adquisición de acciones de una sociedad hecha simplemente a título de inversión financiera, así como a la posesión de títulos de sociedades filiales no incompatibles con la competencia), cinco (excepción de los "transportistas ordinarios") y seis (respecto de los derechos adquiridos) y se añadía, en cambio, un importante párrafo por el que quedaban exentas del artículo las transacciones societarias debidamente autorizadas por determinadas Administraciones, Comités y Juntas Especiales en las llamadas "industrias reguladas", disposición que se estudiará en la sección correspondiente a estos sectores.

Tracemos un paralelo, o más bien el contraste, de los dos primeros párrafos de la Ley primitiva y los que acabamos de transcribir. Como se recordará, en el precepto originario se regulaban dos tipos definidos de operación: a) la adquisición por una compañía dedicada al comercio del capital-acciones de otra corporación dedicada también al comercio, y b) la adquisición por una compañía, con independencia de si se dedicaba o no al comercio, del capital de dos o más entidades comerciales respectivamente. El segundo párrafo se había redactado evidentemente para regular el problema de la holding pura. La distinción era trascendente mientras se mantuviese el módulo de ilegalidad en términos de competencia entre las sociedades adquirente y adquirida, y si el Congreso votó que el segundo párrafo dijera "dos", en vez de "una", fue porque consideraba imposible que se diese merma alguna de competencia entre una corporación que ejercía el comercio y otra que no lo ejercía.

el segundo párrafo en sentido de proscribir también la compra por una compañía del capital-títulos de sólo una corporación activa en el tráfico , así como la adquisición por cualquier entidad sometida a jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio de los activos de otra que ejerciese el comercio, si de aquélla surgían determinados efectos restrictivos de la competencia.

Ahora bien, con esta enmienda y suprimido el "test" del grado de competencia entre las corporaciones protagonistas, realmente el primer párrafo parece innecesario, superfluo, puesto que el segundo abarca todas las operaciones proscritas por el primero (120).

d' - Valoración comparativa del nuevo texto.- En lo que atañe a la evolución del criterio de ilicitud, recordemos que el primitivo artículo 7º contenía tres indicadores: a) restringir sustancialmente la competencia; b) restringir el comercio; c) tender a la creación de un monopolio, si bien iban matizados: el primero por la especificación de que se trataba de la competencia entre los actores mismos de la operación, el segundo por la expresión "en cualquier parte o comunidad", y el tercero, por la de "en cualquier sector del comercio". La modificación de 1950 alteró los términos en varios puntos. Se suprimieron las palabras "restringir ese comercio", pero se mantuvo en parte el matiz geográfico ("en cualquier parte del país". Desapareció la palabra "comunidad", pero se retenía la especificación "en cualquier parte del país" (in any section of the country) con referencia a los dos miembros restantes. Se suprimió por completo la alusión, como se ha visto, a toda competencia entre las corporaciones interesadas, y en lugar de ella se introdujo el supuesto de una merma sustancial de competencia, matizado por la expresión "en cualquier sector del comercio". Así, pues, el nuevo artículo 7º prohíbe las adquisi-

(120) En cualquier caso, los dictámenes finales de las Com. Judiciales de ambas Cámaras no mencionaron la diferencia entre los 2 miembros del artº ni la necesidad de mantener la dualidad.

siciones accionarias o, si la compradora es una compañía sujeta a jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio, la adquisición de los activos de otra compañía, ejerza o no el tráfico mercantil, si el efecto de la operación es susceptible de mermar sustancialmente la competencia (basta que pueda mermarla) en un sector del comercio de cualquier parte del país, o si el resultado es susceptible de tender a la formación de un monopolio en un sector del comercio de cualquier región.

Inconcuso es que ha cambiado el criterio de ilicitud. Ahora bien, como el ~~nuevo~~ texto moviliza, igual, por lo demás, que el primitivo, un lenguaje que no acaba de ser unívoco y preciso, surge la interrogante de cuál era verdaderamente la intención del Congreso. Con ánimo al parecer, de ofrecer a los tribunales una pauta fija sobre la historia parlamentaria de la proposición que llegó a transformarse en ley, tanto la Comisión Judicial del Senado como su homónima de la Cámara de Representantes redactaron una exposición especial (specific statement). En la cuestión fundamental de si la proposición apuntaba a definir criterio más riguroso que los de las leyes SHERMAN y CLAYTON, decía la Comisión Judicial de la Cámara que se trataba de que la Administración pudiese intervenir oportunamente en el "proceso acumulativo" de adquisición de acciones o títulos de competidores, "cuando el efecto de una adquisición pueda ser una reducción significativa en el vigor de la competencia, aun cuando ese efecto pueda no suponer una agrupación restrictiva del tráfico, crear un monopolio o constituir intento de monopolizar.... De este modo, no haría falta que el Gobierno especulara sobre cuál es la intención última (the "backs of the minds") de quienes promueven una fusión, o que probase que la firma adquirente había cometido acciones que se consideran inmorales o depredatorias; o que demostrara que como resultado de una fusión la firma adquirente había obtenido ya un grado de dominio tal que poseía

el poder de destruir o excluir del mercado a los competidores o de fijar los precios".

En respuesta a la interrogante de si el proyecto no coartaría la competencia, impidiendo la fusión entre firmas modestas frente a las empresas dominantes, la Comisión Judicial afirmaba que la nueva reglamentación era menos restrictiva que el precepto originario; el cual, por lo demás, no se había interpretado como prohibitivo de adquisiciones de capital de compañías pequeñas, como sostuviera el Supremo en el caso International Shoe de 1930 al argumentar que "la fusión no era de suficiente tamaño o importancia, aun cuando hubiese alguna competencia entre las dos corporaciones, como para reducir sustancialmente la competencia o crear un monopolio". En cambio, según otros pasajes, el proyecto abarcaría las fusiones de tipo vertical y heterogéneo.

Más categóricas eran las consideraciones del Comité Judicial del Senado: "La redacción..... apunta deliberadamente a cubrir más de lo que está prohibido por la Ley SHERMAN y, sin embargo, a no llegar a la prueba (test) mencionada del artículo 7º presente de la Ley CLAYTON, que se redactó originariamente para regular resultados situados más allá de los prohibidos por la Ley SHERMAN, alcanzando hasta la merma de competencia operante, con anterioridad, entre las compañías adquirente y adquirida... El propósito de H.R. 2.734 consistía en extender esta legislación a adquisiciones no proscritas por la Ley SHERMAN, pero... no se deseaba que el proyecto vedase todas las adquisiciones entre compañías competidoras". Ahora bien, la clave opera en el párrafo siguiente: "Considera la Comisión que el excesivo ámbito que han conferido al artículo 7º de la Ley CLAYTON estos dos rasgos (el test de adquirente-adquirida y el uso de la palabra "comunidad")... ha sido en gran parte responsable de la tendencia de los tribunales en casos ventilados al amparo del precepto

disposiciones del artículo existente que parecen abarcar situaciones de poca envergadura económica, es propósito de esta legislación asegurar una interpretación más amplia de los preceptos más fundamentales... que... en el pasado".

Cabe, asimismo, espigar en las actas de los debates referencias muy útiles a conceptos parciales, como el de "parte" (section) del país sustituyendo al de "comunidad". La Comisión Judicial de la Cámara baja recalcó que "parte" tendría distinto sentido: "Tal como estaba redactado el proyecto al principio, se incurría en violación si, entre otras cosas, resultaba sustancialmente mermada la competencia "en cualquier comunidad" de la nación. El uso de esta palabra acarreó una tormenta de controversias, centrada en torno a la posibilidad de que la Ley llegara a impedir que una empresa local en una ciudad pequeña comprase otra empresa de la misma ciudad. En consecuencia, la palabra "comunidad" quedó extramuros del proyecto".

El dictamen subrayaba también que, a diferencia (según lo expuesto) del precepto de 1914, las palabras "en cualquier sector del comercio" y "en cualquier parte del país" se aplicaban tanto a la restricción de competencia como a la tendencia al monopolio, y de la primera expresión decían los ponentes: "Se pretende que las adquisiciones que reduzcan sustancialmente la competencia, así como las que tiendan a crear un monopolio, sean ilegales si surten el efecto mencionado en cualquier sector del comercio, forme o no ese sector del comercio una porción importante del negocio de cualquiera de las corporaciones implicadas en la adquisición."

El Comité Judicial del Senado estudió con más detalle la expresión, diciendo: "Lo que constituye una parte cambiará según la naturaleza del producto. Debido a las diferencias en la dimensión y el carácter de los mercados, no tendría significación, desde un punto de vista económico, tra

tar de aplicar a todos los productos una definición uniforme ..., tanto si esa definición se basa en millas, población, renta, como si se basa en otra unidad de medida".

El instrumento notarial se declaraba de acuerdo con la definición de "parte en cuestión" (the relevant section) por el Supremo como zona de competencia efectiva, en el célebre caso Standard Stations (121): "Parte apreciable (significant segment) del mercado puede no sólo ser una parte que cubra una porción apreciable del tráfico, sino también un sector que está en gran parte separado o es independiente del tráfico de ese producto en otras regiones del país, o no se ve afectado por él".

En todo caso, la abolición del criterio adquirente-adquirida y las declaraciones transcritas revelaban que una de las consecuencias más importantes del texto de 1950 fue un cambio rotundo de la orientación que se proponía a la Comisión y a los Tribunales. En lo sucesivo, la investigación debería centrarse en el mercado más que en la relación entre las firmas adquirente y adquirida.

A la hora de pronunciarse, la Comisión Federal y los órganos judiciales deberían basar sus pronunciamientos en el efecto de la operación sobre el grado de competencia del mercado en su conjunto, sin que por otra parte fuese necesario de mostrar que se habían producido consecuencias indeseables. Por eso, precisamente, se conservaba la expresión "puede ser", si bien el propio Comité Judicial del Senado cuidó de explicar que ".....el proyecto no se aplicaría..... a la mera probabilidad racional (reasonable probability) del efecto de referencia, determinada por la Comisión de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo..... El concepto de probabilidad racional ..., es elemento necesario en cualquier texto legal que pretenda buscar restricciones de tráfico en su mismo co-

(121) Standard Oil Co. v. United States (1949), 337 U.S. 293, a propósito de estaciones de servicio en toda California.

mienzo y antes de que se conviertan en restricciones de gran escala infractoras de la Ley SHERMAN".

Por otra parte, el Congreso dejó bien sentado que no pretendía en absoluto impedir la adquisición de sociedades en bancarrota o situación financiera adversa.

Finalmente, la Comisión Judicial de la Cámara de Representantes se adelantó a posibles interrogantes, dictaminando que el proyecto no sólo abarcaba la compra, sino también cualquier otra adquisición, por ejemplo, el arriendo de activos, y que no sólo prohibía las adquisiciones directas sino también las indirectas, tanto si se hacían a través de una filial o afiliada como por otro medio.

Según comentaristas, (122), así como al aprobar en 1914 la Ley CLAYTON el Congreso se había propuesto taponar algunas brechas en el dispositivo de la Ley SHERMAN, entre ellas la posesión intersocietaria de acciones, la modificación de 1950 fue mucho más lejos, pues amén de rellenar la "laguna de los activos", introdujo una alteración determinante en los módulos de ilegalidad.

#### 11.- La aplicación de la Ley Celler-KEFAUVER.

Estudiaremos sucesivamente la actividad de las autoridades federales en punto a investigación preliminar y enjuiciamiento o persecución de las operaciones concentradoras; el desarrollo de los procedimientos de consulta y negociación amistosa con las empresas y los casos judiciales más importantes de 1950 acá. Al final ofreceremos, igualmente, un balance provisional.

##### a). La "cruzada" contra las concentraciones colosales.

En la coyuntura, el efecto de la enmienda de 1950 fue fulminante. En contraste al letargo de los veinte años pre  
(122) Por ejemplo, DAVID DALE MARTIN, "Mergers and the CLAYTON Act", página 267.

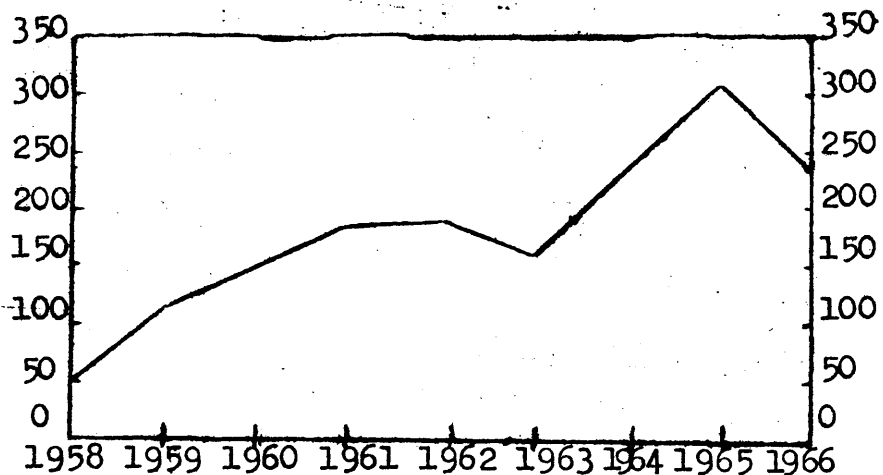


dientes instruidos por los diversos sectores de la Administración Federal, y así, entre 1950 y 1960, la Comisión Federal de Comercio entabló cuarenta y tres demandas, y treinta y ocho el Departamento de Justicia, con un porcentaje de éxitos muy sustancial. De los treinta primeros casos incoados, dieciocho abocaron a sendos autos de "consentimiento" o "allanamiento" del demandado (consent decrees), o sea, a la enajenación voluntaria, judicialmente certificada, del capital o de los activos adquiridos ilegalmente; otros once terminaron en sentencia o decisión ejecutiva, y uno fue retirado por el propio órgano demandante. Se obtuvo la desposesión total en doce casos, en otros catorce una desposesión limitada, y se denegó la enajenación forzosa en cuatro sentencias (123).

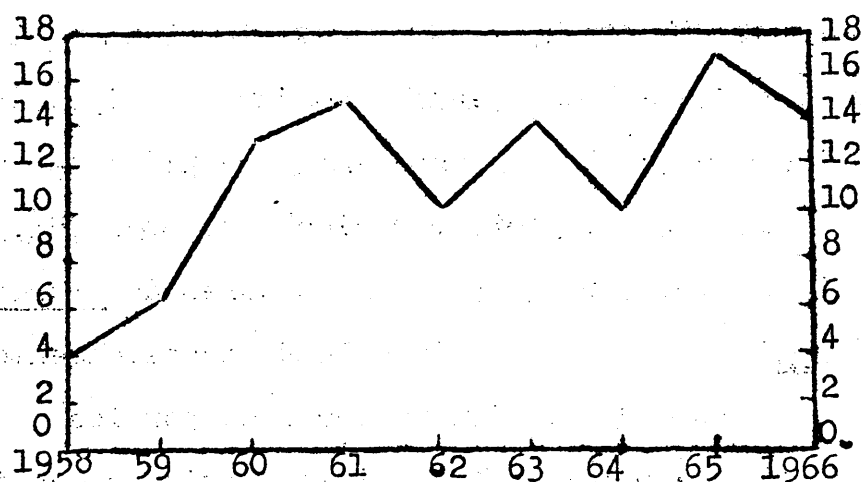
Los dos cuadros siguientes (124) exponen la actividad del Departamento antitrust (con base en el artículo 7º de la Ley CELLER-KEFAUVER), en época más cercana, concretamente los ejercicios fiscales 1958 a 1966 (1º de julio de 1958 - 30 de junio de 1966):

CUADRO I.-

Investigaciones preliminares iniciadas 1958-1966



(123) KRONSTEIN, MILLER, DOMMER, *op. cit.*, páginas 108-109.  
 (124) Cfr. Informe para el año fiscal 1965-66, por el Fiscal General Adjunto, encargado de la División Antitrust, Profesor DONALD F. TURNER.



Tanto la actividad del Departamento como la de la Comisión Federal se han mantenido en los últimos años a niveles elevados, a pesar de fluctuaciones inevitables. Así, en 1967, el Departamento formuló diez demandas y once la Comisión, que además participó en trece negociaciones, de las que resultaron otros tantos autos de consentimiento (125). En 1968, el Departamento ha entablado veinticuatro procedimientos judiciales (más del doble, pues), y, por su parte, la Comisión ha logrado que diez proyectos de fusión, nueve de los cuales eran muy importantes, fueran abandonados sin necesidad de demanda (126), amén de entablar veintiocho litigios.

Son datos que revelan cómo a partir de 1960 la actividad del Departamento de Justicia, más aún que la de la Comisión, ha experimentado fuerte aumento, que si por una parte refleja la intensificación del proceso concentrador, responde en mucha mayor medida todavía al advenimiento, bajo JOHN F. KENNEDY, de una Administración demócrata que desde el primer momento proclamó su propósito de luchar contra la prepotencia del "big business", recogiendo así uno de los puntos del New Deal de FRANKLIN D. ROOSEVELT en los años treinta. Efectiva-

(125) Informe anual de los Estados Unidos al Comité de Prácticas Restrictivas de la Competencia de la O.C.D.E.

(126) Informe anual de los Estados Unidos al Comité de referencia.

mente, KENNEDY nombró a su hermano ROBERT Fiscal General, y éste, a su vez, se rodeó de un equipo de juristas imbuidos por la mentalidad progresista y vagamente socializante que caracteriza al ala universitaria y radical del apartado. Se ha forjado así una nueva hornada de "rompedores de trusts", de "trust-busters", en la que han descollado sucesivamente LEE LOEVINGER, primer Fiscal Adjunto nombrado por los KENNEDY, que declaró: "Creo en la política antitrust casi como en una religión secular" (127), y su sucesor, el brillante profesor de Harvard DONALD F. TURNER, reincorporado ya a su cátedra. El Presidente LINDON B. JOHNSON, sucesor del asesinado JOHN F. KENNEDY, mantuvo, sin acentuarla, la línea iniciada por su predecesor, y lo mismo hace el republicano NIXON.

Ahora bien, lo esencial es el elevado número de encuestas e investigaciones previas emprendidas en la casi totalidad de los sectores industriales desde 1950. Así, en 1960, la División Antitrust del Departamento de Justicia investigó unas mil doscientas cincuenta fusiones, mientras que interpuso trece demandas; por su parte, la Comisión instruyó mil cuarenta encuestas, de las que once cristalizaron en procedimiento judicial, y desde entonces la cifra media anual se caracteriza por una estabilidad que propende al aumento. Sin embargo, estas cifras suscitan en todo lector medianamente avisado una reacción de perplejidad y extrañeza, que instintivamente se traduce en una interrogante concreta: ¿cómo se explica que, habiéndose investigado en total más de dos mil casos de concentraciones societarias en 1960, y aproximado número en los años siguientes, sólo entablara acción contra dos docenas? ¿Dónde están los pretendidos resultados de la Ley CELLER-KEFAUVER? La razón, que se inspira en consideraciones elementales de buen sentido y eficacia selectiva, se ha ex-

---

(127) Cfr. "Loevinger v. Big Business", por GEORGE BOOKMAN, revista mensual "Fortune", enero de 1962, páginas 93 y siguientes.

puesto en numerosas declaraciones e informes, ora oficiales, ora officiosos, y cabe en las siguientes palabras de LOEVINGER ("Fortune", agosto de 1962, pág. 97, in fine): "En cuanto a los casos concretos que se entablan, hay una tarea insoslayable de selección impuesta por las limitaciones de personal y de dinero. Hay siempre más quejas de las que es posible investigar a fondo y más casos de los que es factible perseguir ... Los casos se seleccionan ahora sobre la base de su importancia económica y de su contribución potencial a la consecución de los objetivos antitrust. La actividad ejecutiva no se ajusta a ideas preconcebidas acerca de cuáles artículos de la Ley hay que hacer cumplir o de qué sectores industriales (areas of business) deben ser perseguidos. Aun cuando siempre son posibles errores de apreciación, la política ejecutiva sólo se guía actualmente por la directriz y los criterios de las leyes y a partir de los hechos específicos de cada caso"

Pero, ¿cuál es el criterio concreto de selección en que se basan la Comisión Federal y la División Antitrust? Escuchemos al propio LOEVINGER (ibídem): "El Departamento de Justicia continúa guiándose por la Declaración del Tribunal Supremo en el caso Swift, de 1932 (ya citado por nosotros) de que el simple tamaño... no es delito contra la Ley SHERMAN, a menos que se amplifique hasta el punto de constituir un monopolio ....., pero el tamaño lleva aparejada una oportunidad de abusar que no cabe ignorar cuando está probado que esa oportunidad se ha utilizado ya en el pasado". El tamaño era, según el autor, indicio claro de poder de influir en el mercado (market power): "Una adquisición o fusión por una compañía ya muy grande en proporción a su mercado tiene mucha más probabilidad de reducir sustancialmente la competencia o de tender a crear un monopolio con violación de las leyes antitrust que una transacción semejante por parte de una compañía pequeña".

a principios de 1961, LOEVINGER anunció ante un Comité del Congreso la posibilidad de entablar demanda contra American Telephone & Telegraph Co. (A.T.T.), para obligarla a desahacerse de sus negocios internacionales (128), y si bien no se materializó la amenaza, poco más tarde el agresivo Fiscal Adjunto blandió frente a los directivos de General Electric Corporation la eventualidad de instar judicialmente la desmembración del coloso.

No sólo las declaraciones verbales de los nuevos trust-busters de la Administración KENNEDY, sino también estadísticas minuciosas y concienzudas confirman que ya desde la entrada en vigor de la Ley CELLER-KEFAUVER, o sea, desde 1951, las autoridades federales desencadenaron contra los "grandes" una auténtica "caza de brujas", que por su simplismo y sus excesos sería lícito calificar de mccarthysmo antitrust. En este punto es concluyente el estudio del Dr. BETTY BOCK "Fusiones y Mercados" (129), que analiza todos los cargos formulados por la Comisión y el Departamento de 1951 a 1964. Pues bien, BOCK concluía que de 143 demandas impugnadoras de alguna adquisición o serie de adquisiciones, aproximadamente dos tercios alegaban como hecho decisivo el tamaño absoluto de la entidad adquirente o de la adquirida, cuando no de entrambas. La dimensión era, sin duda alguna, el criterio predilecto del Gobierno federal, más incluso que la participación porcentual en el mercado y el grado de concentración del sector respectivo. Además, las cifras demostraban que de año en año las autoridades se centraban en operaciones de mayor envergadura: antes de 1964, la cifra anual de ventas más baja mencionada en las demandas era de ocho millones de dólares; en 1964, la mínima había subido a casi sesenta millones. Del mismo modo, si los

(128) Vide GEORGE BOOKMAN, "Loevinger vs. Big business", "Fortune" enero de 1962, página 93.

(129) "Mergers and Markets", revista "Studies in Business Economics", nº 87 (1965). Citado por JOHN C. BERGHOFF "The size barrier in merger law - or antitrust by the numbers", "Ohio State Law Journal", 1966, vol. 27, páginas 76-101.

activos inferiores de las compañías adquiridas antes de 1964 se cifraban en ocho millones de dólares, la valoración había subido diez veces más, o sea alrededor de ochenta millones, en 1964. A mayor abundamiento, hasta entonces no llegaban a la mitad de las compañías mencionadas aquellas cuyas ventas anuales superasen los cien millones; en 1964, más de los dos tercios de las entidades citadas figuraban en el grupo de las de "cien millones o más de ventas anuales".

Como luego veremos con detalle, esta nueva orientación gubernamental obedeció en buena parte al hecho de que muy pronto el Tribunal Supremo empezó, mejor dicho volvió (teniendo en cuenta sus periódicas fluctuaciones y pasos atrás), a conceder al tamaño significación determinante, trazando así implícitamente un camino a la Administración. La monumental sentencia del caso Brown Shoe Co., en 1962, la más famosa quizás en la historia de la jurisprudencia antimerger, puso en verdad el primer jalón de una senda hermenéutica que aún hoy se desarrolla ante el temor no disimulado de los medios industriales y financieros. Con ingenioso juego de palabras ha resumido el profesor de Economía de Princeton, JESSE MARKHAM, la hostilidad oficial a los grandes por el solo hecho de serlo: "Tamaño es maldad" (Bigness is badness), concepción que, a su entender, peca de sumaria (130).

El informe anual de la Comisión Federal de Comercio correspondiente a 1967 suministra (págs. 41-66) la confirmación oficial de lo que antecede, explicando con toda clase de pormenores cómo el Departamento de Datos Económicos (Division of Economic Evidence) se dedica a recoger información sobre la evolución estructural de los diversos sectores industriales y ponerla a disposición de las oficinas propiamente jurídicas

---

(130) "The present war on bigness", seminario del "National Industrial Conference Board". Cuarta conferencia sobre el derecho antitrust en una economía en expansión (4 de marzo de 1965). Citado por JOHN C. BERGHOFF, op. cit.

ción de Fusiones (Division of Mergers): "Inicialmente todas las fusiones en el ámbito de jurisdicción de la Comisión son examinadas por el comité de selección de fusiones, que se compone de los Jefes de <sup>la</sup> Sección de Datos Económicos y la Sección de Fusiones y de sus suplentes, así como de economistas de alto rango procedentes de la Sección de Datos Económicos ..... De entrada, se someten a cuidadoso estudio todas las fusiones de firmas de envergadura (digamos con activos de más de cinco o diez millones de dólares). También se examinan con cuidado aquellas operaciones que se ofrecen como parte de una tendencia general de concentración dentro de un determinado marco industrial. Hasta el punto de lo posible, se hacen estudios de la actividad fusionista que amenaza acarrear cambios adversos en la estructura de industrias concretas y afectar así desfavorablemente su comportamiento competitivo. En este sentido, la experiencia pasada en la ejecución de la Ley CELLER-KEFAUVER de 1950 suministra una útil orientación en la selección y desarrollo de señales de previo aviso (early warning signals) para la investigación de aglutinamientos".

Está claro que el primer criterio de selección es la magnitud absoluta, medida por el valor de las instalaciones, dato que apunta al concepto general de "poder económico" y que traduce la que podríamos llamar psicosis de gigantofobia de las autoridades federales. Obsérvese que sólo en segundo lugar se habla de la concentración sectorial y que se relega a tercer término la concentración susceptible de restringir la competencia; es decir, que para la Comisión Federal la acumulación de "poder en el mercado", de influencia en un sector concreto y mensurable de la economía nacional, no es tan peligrosa como el acrecentamiento de la dimensión en sí. Sin suscribir ni reprobar, consideramos, cuando menos,

curioso que el Informe invoque como punto de referencia la Ley Celler-KeFAUVER, ya que en su texto no hay línea ni palabra hostil al simple incremento de magnitud; por el contrario, se prevé únicamente la alteración de magnitudes relativas, es decir, de la proporción entre la dimensión de la firma resultante de la operación concentradora y la envergadura del mercado. Una vez más topamos con el mismo hecho, y es que, como consecuencia quizá de la deliberada generalidad de los términos del legislador, o sea, del Congreso, la Administración extiende sin mayor dificultad el ámbito de la norma a supuestos que en rigor no eran los que se trataba de regular, confundiendo así implícitamente la noción de control o de poder en el mercado con la de poderío económico y financiero.

b). El desarrollo de la consulta previa.-

Es, sin duda alguna, uno de los aspectos más sugestivos de la actual administración antitrust. Si bien el procedimiento de consulta de las empresas a las autoridades federales acerca de la legalidad o ilicitud de un proyecto de fusión o compra societaria, no es, en puridad, precaución reciente, pues data virtualmente de las primeras décadas de aplicación del ordenamiento federal, es en los últimos veinte años cuando se empieza a utilizar de modo sistemático, y gracias a él se han eliminado gastos procesales, consumo de tiempo y energías en expedientes y litigios. Es, en cambio, nuevo, al menos en el campo de las operaciones concentradoras, el anuncio oficial de normas generales de signo indicativo acerca de las categorías o tipos de operaciones que, en principio, se considerarán ilegales y serán perseguidas, método que asimismo ha contribuido (aunque no en la medida deseable) a reducir la incertidumbre y el temor de los medios industriales ante la intervención punitiva del Departamento y la



En cuanto a las consultas previas, dejemos que el propio LOEVINGER explique sus requisitos y efectos: (131)

"El Departamento de Justicia procura dar toda la asistencia que buenamente puede a los hombres de negocios que tratan de cumplir las leyes antitrust. El Departamento no está autorizado para dar dictámenes (advisory opinions) a personas particulares o empresas. Tiene, sin embargo, un programa que ya existe desde hace bastantes años y que permite que se lleven asuntos a la División Antitrust para (que ésta expida) cartas de "dispensa" (release) o "exención" (clearance)".

A continuación, expone el ex-Fiscal General Ad-junto el procedimiento general para cualesquiera materias relacionadas con las Leyes SHERMAN, CLAYTON y ROBINSON-PATMAN:

"Las cartas de "dispensa" antitrust (antitrust release letters) permiten un examen anticipado de los planes de negocios o de los programas proyectados para determinar si llevan aparejado un riesgo de enjuiciamiento criminal en caso de que se adopten. El procedimiento es relativamente sencillo y sin formalismo. Sus elementos son éstos:

"1.- Presentar por escrito al Departamento de Justicia una solicitud de dispensa o exención.

"2.- La solicitud (request) debe contener una información completa referente a un proyecto específico de negocio. Si la División Antitrust desea hechos o datos adicionales en relación con el proyecto, se le deben facilitar en cuanto los reclame.

"3.- La solicitud debe referirse a un plan o programa que sea puramente de previsión (prospective) y no de acción (operative). No se dará trámite a una solicitud de que se haga un pronunciamiento sobre operaciones que se estén llevando a cabo en ese

---

(131) Vide artículo citado de "Fortune", agosto de 1962, "Antitrust is probusiness", páginas 130-135.

momento.

"4.- Los hechos y planes revelados deben demostrar de modo afirmativo que el proyecto y las operaciones programadas serán plenamente compatibles con las leyes antitrust.

"5.- En el supuesto de que se presente la solicitud y se demuestre lo que antecede, se expedirá carta de dispensa por la que el Gobierno renunciará a su derecho de entablar procedimiento criminal contra las partes implicadas (el subrayado es nuestro).

"6.- En caso de que se presente una solicitud que no pruebe de modo afirmativo que el proyecto y las operaciones planeadas serán plenamente compatibles con las leyes antitrust, podrá el Gobierno negarse a adoptar una posición o a formular comentario alguno sobre el proyecto, o podrá notificar a las partes que el programa parece ser contrario a las leyes antitrust de ser éste el caso.

"7.- El Gobierno se reserva en todo caso el derecho a entablar procedimiento civil si le parece que se debería comprobar la legalidad de las actividades o del programa en cuestión.

"8.- Si el plan, una vez en ejecución, o las actividades a que el peticionario se dedique fueren más allá de lo declarado en la solicitud, o si no se ha hecho una revelación completa en la instancia sometida al Departamento de Justicia, se reserva el Gobierno el derecho de proceder ora civilmente, ora por lo criminal.

"9.- La presentación de una solicitud de dispensa o exención no prejuzga la posición ni tampoco los derechos de la parte que la formule. La instancia podrá ser retirada antes de que se expida la carta. No será vinculante la opinión desfavorable emitida por el Departamento de Justicia, ni impedirá legalmente que el interesado lleve a cabo la acción que se propone si está dispuesto a responder de ella ante los Tribunales.

"10.- La presentación de una solicitud de dispensa o exención no crea por sí misma inmunidad alguna de orden judicial, no impide que el Gobierno tome las medidas que puedan ser apropiadas a la vista de los hechos revelados. Los compromisos de dispensa y exención se dan sólo por comunicación formal y escrita. Nunca se dan ni se autoriza que se hagan salvo por escrito que lleve la firma de un funcionario responsable del Departamento de Justicia".

LOEVINGER señala algunas diferencias precisamente en materia de fusiones: "El procedimiento de dispensa de fusiones difiere fundamentalmente en la naturaleza del compromiso, desde el momento en que las acciones judiciales contra las fusiones son, salvo en casos muy extraordinarios, civiles más bien que criminales". Por lo demás, la formulación de la instancia y la publicidad de datos están sometidas a las reglas genéricas. Si la División Antitrust estima que un proyecto de fusión no suscita mayores reservas en el ámbito de las leyes antitrusts, podrá expedir una "carta de dispensa" por la que declare que el Departamento no tiene la intención de entablar procedimiento en el supuesto de que se consume la concentración, pero que se reserva la facultad de hacerlo si se efectúan ulteriormente operaciones infractoras del ordenamiento.

Todos los años expide el Departamento de Justicia cartas de dispensa o exención, si bien en número reducido y, desde luego, sustancialmente inferior al de las solicitudes.

o). La jurisprudencia de la Ley CELLER-KEFAUVER.-

Casi veinte años han transcurrido desde que el Congreso votó la enmienda del artículo 7º de la Ley CLAYTON, y ya cuentan los anales de la Judicatura federal con un repertorio sustancial, más aún por la doctrina elaborada que por el número y volumen, ciertamente considerable, de los pronunciamientos. Si hubiese que resumir la labor de dos dé-

casas, especialmente 1960-1970, señalaríamos tres rasgos: en lo procesal, extensión, mejor dicho generalización, del sistema de "medidas preliminares de seguridad" (preliminary relief) contra los proyectos de absorción o fusión denunciados; en lo hermenéutico, refinamiento de los conceptos clave, como "mercado de referencia" (relevant market), "renglón del comercio" (line of commerce) o "parte del país" (section of the country); en lo sustantivo, marcada tendencia al rigorismo, a la severidad, al menos en la instancia culminante del Tribunal Supremo, hasta el punto de que desde la reforma de 1950 ni una sola firma privada ha ganado un recurso de certiorari a propósito de operaciones concentradoras. Hagamos, primero, una breve referencia al aspecto procesal, y luego, siguiendo, igual que en los apartados anteriores, un hilo rigurosamente cronológico, expondremos los casos principales:

a' - Generalización de las medidas cautelares previas.- Hasta hace pocos años, el Departamento de Justicia no solía tener éxito al solicitar de los Tribunales de Distrito auto provisional o interdicto contra una operación concentradora que juzgaba contraria al ordenamiento antitrust, y de hecho se veía en la misma situación procesal que la Comisión Federal, es decir, obligado a esperar que se dictara fallo condenatorio después de un proceso largo y complicado, para proceder a la disolución o desposesión forzosa de lo ilegalmente adquirido. Sin embargo, el Departamento no se desalentó y, argumentando sistemáticamente que toda concentración empieza a surtir efecto sobre la competencia desde el momento en que se lleva a cabo, adoptó la práctica normal de solicitar interdicto contra la consumación del acto, tenacidad que al fin ha obtenido recompensa. La primera victoria ha sido lograda con motivo del caso Brown Shoe, que más adelante estudiamos, en el que el Tribunal de Distrito, aún negándose a prohibir la adquisición proyectada de Kinney por la citada

Brown Shoe, dictó una ordenanza que imponía una serie de condiciones a la operación: traspasode los activos comprados a una sociedad filial, cuyos directores no podrían serlo ni de Brown ni de sus otras filiales y retención a esa filial de los eventuales beneficios resultantes de la absorción denunciada. El auto consiguió preservar la firma Kinney como entidad viable hasta el final del pleito. Ahora bien, en casos posteriores, el Departamento no se ha contentado con esta índole de medidas, y ha exigido la prohibición pura y simple de la fusión planeada hasta la resolución del litigio, requeri- miento que en los últimos años ha sido acogido con frecuencia por los Tribunales.

Es posible que a este cambio de actitud haya contri- buido la lamentable experiencia del importante asunto Conti- nental Can Co. (del que también se tratará con detalle más adelante), en que el Tribunal de Distrito denegó (1956) el in- terdicto pedido por el Gobierno, y al cabo de ocho años, cuan- do ya la compañía adquirida por Continental funcionaba prác- ticamente integrada en su dispositivo técnico y comercial, el Tribunal Supremo anuló la operación, disponiendo que esa fir- ma tenía que volver a su primitiva situación de competidora au- tónoma. Ahora bien, siendo est imposible según opinión uná- nime de las partes procesales, hubo que acudir a una solución de emergencia, la de que Conti nental vendiera a la poderosa sociedad Brockway Glass ocho de las fábricas de envases de vi- drio que había comprado a otras empresas, con el paradójico resultado de que se acrecentó así la concentración en el ra- mo del vidrio.

Sin embargo, la generalización de las medidas pre- liminares no ha significado, ni mucho menos, que en todos los litigios entablados por el Departamento el órgano judicial ha- ya accedido a dictar interdicto. Es más, se han dado en los últimos tiempos pronunciamientos denegatorios, entre ellos el

de la sentencia del Tribunal del Distrito Norte de Illinois (11.7.1959) en el caso Northwezt Industries, Inc. and the B. F. Goodrich Company, a propósito de la compra por la primera de un importante paquete de acciones de la segunda, y el fallo común del Tribunal del Distrito de Connecticut sobre los litigios International Telephone and Telegraph Company (ITT) - Grinnell Corporation e ITT-Hartford Fire Insurance Company (vide infra, epígrafe ).

Ahora bien, la novedad más sustantiva en los últimos tiempos es que los tribunales federales empiezan a reconocer a la propia Comisión Federal de Comercio, después de una larga jurisprudencia negativa (132), la facultad de solicitar por vía interdictal la suspensión de una amalgama presuntamente ilícita mientras se instruye el oportuno expediente; en otras palabras, se concede ya a la Comisión el poder de imponer el statu quo a las empresas protagonistas. Efectivamente, en 1967, el Supremo otorgó medidas provisionales en el caso Dean Foods, interpretando, en una resolución que se ha hecho famosa, que estas facultades se encuentran latentes, implícitas en la Ley de 25 de junio de 1948 (Ley Pública 733, capít. 646), la cual reformó el Código procesal de los Estados Unidos (U.S. Code, Título 28, Capít. 111, artículo 1.651) en los siguientes términos: "a) El Tribunal Supremo y demás tribunales establecidos por una Ley del Congreso podrán dictar todos los autos (all writs) necesarios o convenientes para el ejercicio de su jurisdicción respectiva conforme a los usos y principios del derecho" (familiar y abreviadamente, Ley all writs). Tres años más tarde, con motivo del caso OKC Corporation, firma productora de cemento que había adquirido la Jahnke Service, fabricante de hormigón premezclado, la Comisión ha vuelto a solicitar auto interdictal, para impedir

(132) Por ej., en 1956, con ocasión del caso International Paper Co., el Tribunal del Segundo Distrito denegó a la Comisión un interdicto de preservación de la unidad jurídico-patrimonial de firmas concentradas, basándose en que la Ley CLAYTON guarda silencio respecto a la Comisión en esta materia.

hubiera otras modificaciones importantes en su organización y estructura y el Tribunal del Quinto Circuito (Nueva Orleans) ha decretado las medidas suspensivas (julio de 1970). La Comisión ha llegado a la conclusión de que la adquisición violaba el artículo 7º, si bien OKC ha interpuesto ante el Tribunal del Décimo Circuito (diciembre de 1970) demanda de nuevo examen (ver informe anual a la O.C.D.E., período mayo de 1970-abril 1971, párrafos 255-256). Aún es prematuro sacar conclusiones, pero es indudable que la tendencia judicial, a nuestro juicio discutible desde el punto de vista del rigor conceptual, viene a reforzar tan oportuna como inesperadamente el poder de la Comisión. De este modo, lo que no se había podido conseguir del Congreso, como lo prueba, por ejemplo, el fracaso del proyecto de Ley H.R. 1889, en 1956, a saber, dotar a la Comisión de facultades interdictales propias, por resistirse las Cámaras, no sin razón desde la perspectiva jurídico-constitucional, a otorgar facultades casi judiciales a una simple agencia administrativa, se está logrando por concesión graciable de la magistratura.

Otras agencias federales han intentado conseguir medidas judiciales suspensivas. Así, en el litigio Transamerica Corporation, la Junta de Gobernadores de la Reserva Federal pidió y obtuvo del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito un interdicto que prohibía a los bancos demandados la fusión de sus activos, mientras la Reserva no terminara sus investigaciones sobre si la compra de las acciones de un banco rival por Transamerica violaba o no el artículo 7º. Claro es que el precedente no tiene mayor significación jurídica, ya que, por un lado, se había consumado ya una operación de transferencia accionaria, y por otro lado, se trataba de evitar que mientras el asunto estuviese pendiente de resolución, los encausados se sustraieran a la jurisdicción de la Reserva nego-

ciendo el traspaso de los activos, sobre los cuales esta no tenía competencia legal.

De lo que antecede, se deducen fundamentalmente dos observaciones: primera, que aun no siendo el caso mayoritario, el interdicto de no fusión o de no liquidación de activos se otorga con bastante más frecuencia que antes; segunda, que cuando el Tribunal no accede al interdicto, suele, sin embargo, dictar medidas que hasta cierto punto equivalen, desde el punto de vista económico y técnico, a la prohibición del acto concentrador (especialmente los llamados "autos de posesión separada", hold separate orders), ya que impiden provisionalmente la plena reunión, el aglutinamiento total, de los capitales y los activos implicados. De las dos maneras se conjura el peligro de que se consume una integración patrimonial prácticamente imposible de deshacer al cabo de los años, aunque la sentencia final sea anulatoria.

b' - El caso Bethlehem: alto a la concentración horizontal..- El primer pronunciamiento importante lo dictó en 1958 el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, prohibiendo a la Bethlehem Steel Corporation, segunda siderurgia de la nación, y por cierto con todo un historial de adquisiciones societarias, que adquiriera la Youngstown Sheet and Tube Company, la cual ocupaba el sexto lugar del sector (133). Antes de la operación las dos compañías habían solicitado infructuosamente del Departamento de Justicia una carta de dispensa.

No se interpuso recurso alguno contra una sentencia cuyo interés reside no sólo en el freno de la concentración en la industria reina, precisamente aquella en que el Supremo tan benévolo se había mostrado una década antes (recuérdese el caso Columbia Steel), sino también en la definición del "sector de comercio" y del "mercado de referencia". Respecto a la primera noción, el Tribunal estimó que había que atenerse a "los usos y características peculiares" del producto, y rechazó un alegato



naria para producción de acero, esto es, su variedad de empleos y aplicaciones. La demandada argüía que en el caso Columbia Steel el Supremo había sostenido que los trenes de laminación siderúrgica podían pasar de una clase de fabricados a otra, y que era esta diversidad de empleo lo que delimitaba la amplitud del mercado, pero el Tribunal desestimó este razonamiento, diciendo que "el módulo para determinar el mercado por productos difiere según los diferentes artículos de las leyes antitrust... No se sigue que la flexibilidad de producción reconocida en un supuesto de integración vertical planteado en el marco del artículo 1º de la Ley SHERMAN, como Columbia Steel, sea determinante en un caso horizontal (planteado) bajo el artículo 7º de la Ley CLAYTON".

Tampoco impresionó al Tribunal el argumento de la existencia de productos sustitutivos, según el criterio sentado por la sentencia Cellophane, por la que el Supremo absolviera en 1956 a Dupont de Nemours and Co., acusada de monopolizar el comercio interestatal de envases y tiras de papel celofán y de celulosa, apreciando que existían "productos razonablemente intercambiables por los consumidores para los mismos empleos" y se daba entre ellos y el celofán y la celulosa un alto grado de "elasticidad recíproca" (cross-elasticity) de demanda. El Tribunal juzgó que no existían sustitutos efectivos para los productos siderúrgicos de Youngstown y Bethlehem, y que, por lo tanto, no cabía aplicar el módulo de la "intercambiabilidad razonable" (reasonable interchangeability test).

También se ventiló una sugestiva cuestión acerca de la dimensión regional del mercado. La demandada hizo hincapié en que el mercado "de referencia" estaba compuesto únicamente por las zonas donde cada una de las dos sociedades había hecho la mayor parte de sus ventas. El Tribunal juzgó, por el contrario, que existía un mercado de escala nacional para los

oado basadas fundamentalmente en grandes centros consumidores, y que, por consiguiente, el mercado comprendía áreas donde las transacciones se verían afectadas por las circunstancias que en cada momento prevalecieran en las regiones donde vendían entrambas sociedades. De aquí se deducía que "si el cambio de precios en una zona tiene efectos sobre los precios de otra zona, entrambas zonas pueden ser incluidas en un solo mercado geográfico".

En el fallo expuesto se encuentran ya planteadas la mayor parte de las interrogantes de todo caso de concentración, y apunta sobre todo la tendencia posterior de caracterizar el mercado, tanto en su vertiente técnica (o sea, por artículos o productos) como en su ámbito geográfico con la amplitud adecuada a los datos disponibles sobre el radio de acción de las empresas; asistimos, en cierto modo, a la liquidación paulatina e indolora de la definición restrictiva elucubrada por el fallo International Shoe.

c' - El caso Brown Shoe: suma y cénit de la jurisprudencia de concentraciones?.- En 1962 se dictó la que generalmente se considera como sentencia culminante, por su intensidad analítica y su profundidad doctrinal, del Tribunal Supremo en el ramo anti-trust. En escala, naturalmente, menor es la "Summa Theologica", o más bien, "Summa encyclopedica", de la jurisprudencia de concentraciones, pues desarrolla un estudio sencillamente completo de la evolución de un sector de la industria americana (calzado), y analiza sistemáticamente los conceptos jurídico-económicos susceptibles de situar los hechos en la óptica del artículo 7º, amén de un sugestivo resumen de la reforma legislativa de 1950 y su significado.

En noviembre de 1955 el Departamento de Justicia inició acción civil ante el Tribunal del Distrito Este de Missouri contra Brown Shoe Corporation, Inc., dispuesta a la absorción

de G. R. Kinney Company, Inc. por compra de todos sus activos a cambio de acciones propias. El pliego de cargos señalaba que Brown era la tercera firma de calzado en los Estados Unidos en cuanto a volumen anual de ventas al por mayor, así como gran fabricante de zapatos de varón, de mujer y de niño e importante minorista, con más de mil doscientos treinta puntos de venta (retail outlets), ora en propiedad, ora bajo su control, mientras que Kinney era la octava compañía del país en cuanto a ventas mayoristas, productora también importante y minorista no desdeñable, con más de trescientos establecimientos de venta. Cabía temer, por consiguiente, que la operación "disminuyese sustancialmente la competencia o tendiese a crear un monopolio", de tres maneras: eliminando la competencia, tanto efectiva como potencial, en la fabricación de zapatos con destino a la venta al por mayor, y en la venta de calzado al por menor en todo el país, excluyendo toda competencia de "un mercado constituido por los puntos minoristas de Kinney cuyas ventas anuales excedan de 42 millones de \$", y acentuando la ventaja competitiva de Brown sobre otros fabricantes, distribuidores y vendedores de zapatos. El Gobierno aducía que "el renglón del comercio" afectado por la operación consistía en "calzado" (footwear) o, alternatively, que los "renglones" eran los zapatos masculinos, femeninos e infantiles, tomados separadamente, y que "la parte del país" (the section of the country) implicada era la nación en su conjunto o, alternatively, cada ciudad por separado o cada ciudad más el área extrarradial donde las dos firmas vendiesen al por menor.

Ante el Tribunal, Brown sostuvo que la operación no implicaba merma alguna de competencia si se definían con propiedad el "renglón del comercio" y la "parte del país". Afirmaba que si había que tener en cuenta la edad y el sexo de los consumidores para determinar el sector de referencia, también

material, la calidad del trabajo, el precio y el uso consumitivo de los zapatos abocaban a la formación de distintos "renglones de comercio", y si bien aceptaba el argumento de la Fiscalía de que, en punto a fabricación, el mercado geográfico se extendía a toda la nación, en cambio por lo que concernía a las ventas minoristas, el mercado fluctuaría necesariamente, de acuerdo con la realidad económica, desde la zona céntrica y comercial de una gran ciudad a un "área metropolitana media" (standard metropolitan area) para comunidades o poblaciones menores. Brown afirmó, igualmente, que así a nivel de fabricantes como de minoristas, la industria zapatera gozaba de una competencia "sana" cuyo vigor no quedaría mermado, toda vez que Kinney fabricaba menos del 0,5% y vendía al por menor menos del dos por ciento de los zapatos consumidos en el país.

Los resultandos del Tribunal de Distrito (134) contenían una pormenorizada descripción del sector. En primer lugar, si era cierto que la producción nacional se dispersaba entre muchos fabricantes, también lo era que un número reducido de grandes compañías ocupaba posición de hegemonía (commanding position), hasta el punto de que los veinticuatro mayores fabricantes producían alrededor del treinta y cinco por ciento del total, y los cuatro primeros, entre ellos International Shoe y Brown (incluyendo Kinney), sumaban aproximadamente el veintitrés por ciento de ese total, o lo que era lo mismo, el sesenta y cinco por ciento de lo obtenido por los veinticuatro. Por otra parte, el Tribunal retuvo como elemento de juicio que los zapatos de varón, de mujer y de niño se fabricaban normalmente en instalaciones distintas.

---

(134) Para su lectura in extenso, así como de la Sentencia del Supremo, vide STELZER, op. cit., págs. 74-98.

The following information was obtained from the records of the [redacted] office:

[The rest of the page contains extremely faint, illegible text.]

El Tribunal apreciaba una "tendencia decidida" entre los fabricantes de calzado a la adquisición de puestos minoristas... La misma Brown, que antes de 1951 no poseía establecimientos de esta clase, había adquirido ya 845 en 1956. A mayor abundamiento, entre 1950 y 1956 nueve cadenas independientes de zapatería, que en total explotaban 1.114 tiendas, se habían convertido en filiales de estas firmas de envergadura y cesado de operar independientemente. Una vez consumada la adquisición de la tienda por el fabricante, surgía, asimismo, una "tendencia decidida" a que el segundo proporcionase un porcentaje cada vez mayor de las necesidades de la primera, impidiendo así a otros fabricantes que compitiesen eficazmente en el plano de la venta al público. En suma parecía que las zapaterías dominadas por productores estaban "secando" (drying up) los canales disponibles para fabricantes independientes.

Al mismo tiempo, cristalizaba una tendencia no menos definida a la disminución del número de fábricas y concomitantemente en el número de firmas manufactureras, que si su maban 1.077 en 1947, en 1954 sólo eran 870, o sea, el diez por ciento menos.

Bosquejado el telón de fondo, dibujaba el Tribunal la participación de Brown y de Kinney. Por lo que se refiere a la primera, había constituido factor influyente en el proceso de concentración, como queda dicho, con varias compras societarias, entre las que sobresalían la adquisición en 1951 de Wohl Shoe Company, la mayor explotadora, en régimen de alquiler, de establecimientos zapateros, con más de doscientas cincuenta tiendas en todo el país, y la adquisición en 1955 de Regal Shoe Corporation, propietaria de una fábrica de zapatos para hombre y ciento diez puestos minoristas. Como consecuencia, Brown había incrementado sus ventas a las tiendas de las compañías absorbidas, y así como en 1951 Wohl sólo com-

praba a Brown el 12,8%, en 1955 le compraba ya el 32,6%. Durante el mismo período (1951-1955) Brown también había adquirido el capital o los activos de siete compañías únicamente dedicadas a la fabricación de zapatos. El resultado fue que en 1955 Brown era la cuarta productora del país, con el cuatro por ciento, aproximadamente, de la producción de calzado.

Kinney, por su parte, explotaba la mayor cadena nacional de zapaterías de "estilo familiar", y en la época del juicio tenía más de cuatrocientas tiendas, distribuidas en más de doscientas setenta ciudades, con una cifra anual del 1,2% de las ventas minoristas del país. Además, Kinney producía en sus cuatro fábricas zapatos de varón, de mujer y de niño en una cantidad que suponía el 0,5% de la producción en 1955 y el duodécimo puesto en la lista de fabricantes nacionales. Se demostró, por otra parte, que las tiendas de Kinney obtenían alrededor del veinte por ciento de sus existencias en las instalaciones de la compañía. En la época del proyecto de fusión, Kinney no compraba a Brown; sin embargo, ya en 1957 éste se había convertido en el mayor proveedor exterior de Kinney, con el 7,9%.

En sus considerandos el Tribunal de Distrito rechazó las afirmaciones más generales de entrambas partes. Por un lado, reconocía "un grupo de clasificaciones que se comprende y reconoce por el conjunto de la industria y del público, o sea, la clasificación en zapatos de ""hombre"", de ""mujer"" y de ""niño"" por separado e independientemente. En cuanto a las zonas de competencia efectiva a efectos de ventas al por menor, aún confesando que no se podían fijar con "precisión matemática", el Tribunal consideraba que, con arreglo a la realidad económica, "renglón del comercio" significaba toda ciudad de diez mil habitantes o más y la zona inmediatamente contigua y circundante, siempre que en ella hubiese una tienda de Kinney y otra de Brown.

la yuxtaposición de las instalaciones fabriles de Brown y Kinney mermaría sustancialmente la competencia en la producción de zapatos con destino a la venta al por mayor. En cambio, si se aceptaba que la exclusión de los demás fabricantes del mercado representado por las tiendas de Kinney era susceptible de coartar sustancialmente la competencia de las fábricas en el plano de la distribución de cada clase de calzado en todas las ciudades de diez mil o más habitantes y su respectivo alfoz, donde existiesen tiendas tanto de Brown como de Kinney.

En consecuencia, el Tribunal falló que la absorción violaba el artículo 7º e impuso a Brown que enajenara todos los títulos de capital, activos o cualquier clase de participación o propiedad que tuviese en Kinney, y que explotara el negocio de Kinney como empresa independiente en la medida de lo posible mientras se consumaba el proceso de enajenación. Igualmente le vedaba en lo sucesivo participar en los negocios o activos de Kinney, sin perjuicio de ordenarle que presentara en el plazo de noventa días un plan de ejecución del auto desposesorio.

Brown apeló al Supremo, que otorgó la revisión de certiorari. La sentencia (ponente el Presidente WARREN) hacía, antes de analizar los aspectos económicos de la concentración, un sugestivo compendio, como se dijo, de las razones y significado de la Ley CELLER-KEFAUVER, cotejándola con el primitivo texto CLAYTON, señalando ocho conclusiones que formulaban en la materia, a saber:

El Congreso se había propuesto en 1950 rellenar la laguna de las fusiones por medio de la compra de activos físicos.

Al suprimirse el criterio de competencia específica entre adquirida y adquirente, el Congreso había querido dejar



fusiones entre empresas efectivamente competidoras, sino también a concentraciones verticales y "conglomeradas" cuyo efecto pudiese ser reducir la competencia en cualquier sector económico y en una parte cualquiera del país.

Considerando la "marea creciente" de concentración, los legisladores se habían propuesto montar un dispositivo susceptible de "contener" las fusiones en un momento en que la tendencia a la merma de la tensión competitiva en un sector determinado se hallara todavía en sus comienzos.

En estrecha relación con lo anterior, el Congreso había rechazado como inadecuada la aplicación a los casos del artículo 7º de los criterios o módulos adoptados por la jurisprudencia a propósito de litigios planteados en el ámbito de la Ley SHERMAN, aunque hubiesen sido aplicados a varios casos dirimidos a los pocos años de dictarse la Ley CLAYTON.

Sin perjuicio de lo que precede, el Capitolio reconocía que cierta cierta clase de aglutinamientos podía estimular la competencia: por ejemplo, las fusiones de firmas modestas haría que la resultante luchase más eficazmente con las grandes corporaciones que dominaban los mercados. La nueva Ley no impedía estas operaciones ni tampoco las de rescate de una empresa moribunda por otra vigorosa y dinámica. Por otra parte, la supresión de la palabra "comunidad" en la descripción geográfica del mercado por la Ley primitiva ilustraba también que la máxima preocupación de representantes y senadores se centraba en los efectos desfavorables de una fusión sólo en una "parte" (section) económicamente significativa del país. Tomada en su conjunto, la historia de la legislación indicaba que al Congreso le interesaba más bien la protección de la competencia, no de los competidores.

El Poder Legislativo no había adoptado ni rechazado

expresamente modular específicamente alguno de magnitud del mercado, ora en términos de producto, ora en términos de zona geográfica de competencia, ni tampoco definió la palabra "sustancialmente" en cifras de ventas o activos o de participación en el mercado, ni en términos cualitativos que permitiesen inferir los efectos de una concentración sobre la competencia.

Al mismo tiempo, el legislador apuntó con toda claridad que había que considerar "funcionalmente" toda fusión en el contexto de su sector concreto; es decir, había que investigar si esa industria estaba ya concentrada o, por el contrario, atomizada; si se daban en ella corrientes hacia el dominio del mercado por unos cuantos o si la influencia en el mercado estaba repartida entre multitud de firmas; si los proveedores tenían acceso fácil a los clientes en general y viceversa; si reinaba un grado de pliopolio o habían surgido, por el contrario, barreras a la entrada de nuevos competidores, etc.

El Congreso había usado la cláusula "pueda mermar sustancialmente la competencia", para indicar que su preocupación se refería a "probabilidades, no a certidumbres". Ya existían leyes para regular las amenazas bien definidas a la competencia, y nadie pretendía una Ley para regular las "posibilidades efímeras", es decir, las simples situaciones pasajeras.

Contra este "trasfondo" era como había que enjuiciar los hechos. Se examinaban, en primer lugar, "los aspectos verticales de la fusión", estigmatizando el vicio primordial de estos vínculos, a saber, que excluyen a los competidores de uno de los protagonistas del acceso a un mercado que de otra forma les estaría abierto. Ahora bien, no todos los acuerdos verticales incurrierían en ilegalidad, según el texto CLAYTON, sino únicamente aquellos cuyos efectos "pudiesen ser

la merma sustancial de la competencia o tender a la creación de un monopolio en un renglón cualquiera del comercio y en una parte del país". Era, pues, imprescindible determinar el "mercado relevante", es decir, el área donde había que medir la presunta restricción de la competencia, tanto por grupos o categorías de productos como por superficie o extensión territorial.

Desde la óptica económica, el Tribunal empezaba por afirmar que "las fronteras exteriores del mercado de un producto están determinadas por el intercambio racional del uso o la elasticidad mutua de demanda del producto mismo y los sustitutivos", pero añadía inmediatamente: "Sin embargo, dentro de este mercado lato, pueden existir, a efectos del derecho antitrust (135), sub-mercados de producto bien definidos", cuyas fronteras se determinaban por indicios prácticos como el reconocimiento general de un sector en cuanto "entidad económica separada", las características y empleos peculiares del producto, las instalaciones productivas de tipo único, la existencia de clientes definidos y precios distintos, la sensibilidad a los cambios de precio y un plantel de vendedores especializados. De estas consideraciones deducía el Supremo que tenía razón el Tribunal de Distrito al discriminar como renglones "relevantes" los zapatos de hombre, los de mujer y los de niño, no sólo porque el público los reconocía como variedades diversas, sino también porque se fabricaban en instalaciones diferentes y sus características impedían que se diera entre ellos tensión alguna de sustitución y, por ende, de competencia. Ahora bien, reconocer distinciones elementales no implicaba aceptar distinguos artificiosos, y nuevamente se confirmaba el criterio del órgano a quo, por haberse negado a sub-dividir el calzado según las va-

---

(135) Aquí se citaba la sentencia United States v. E.I. DuPont de Nemours & Co., donde ya se habían hecho estas consideraciones.

Brown, según la cual el calzado de precios predominantemente medianos que ella vendía constituía un mercado distinto del calzado de precios bajos que solía vender Kinney. Con argumentos parecidos desestimaba el Tribunal los razonamientos de la encausada respecto a la distinción según la edad y el sexo.

Desde el punto de vista del "mercado geográfico", el Supremo se declaraba de acuerdo con las partes y el Tribunal de Distrito en que, "en cuanto se refiere al aspecto vertical de esta fusión", el mercado era la "nación entera", ya que las relaciones de valor del producto, volumen, peso y demanda para consumo daban a los fabricantes la posibilidad de distribuir su calzado a escala nacional, como de hecho sucedía con los envueltos,

Seguidamente se analizaba "el efecto probable de la integración". Sentado que el peligro específico de una concentración vertical consistía en vedar a los competidores de una cualquiera de las empresas aglutinadas la entrada en un mercado que normalmente les sería accesible, una de las consideraciones más significativas debía referirse al tamaño de la parte del mercado "acotada" (the share of the market foreclosed), si bien se matizaba inmediatamente que por sí solo este criterio muy rara vez sería decisivo. Evidentemente, si esa parte fuese tan grande que casi alcanzara proporciones de monopolio, habría violación de la Ley CLAYTON, y más aún, de la Ley SHERMAN. En cambio, el acotamiento de una fracción mínima (de minimis foreclosure) no sería susceptible de "reducir sustancialmente la competencia". Ahora bien, ¿cómo dictaminar cuando, como sucedía precisamente en los autos, la parte segregada no era ni monopolística ni insignificante? En estos casos había que examinar sistemáticamente "varios factores económicos e históricos".

Ante todo, había que considerar la naturaleza y fi-

validad económica de la operación. En cuanto a la primera, se trataba evidentemente de un acto vertical, y en este punto era inexcusable recordar que el Congreso, al elaborar la reforma de 1950, había dado al séptimo idéntica redacción que al tercero, el cual declaraba ilegales los contratos de exclusiva, prototipo y paradigma de las combinaciones verticales. Pues bien, la jurisprudencia del propio Supremo sobre acuerdos de esta índole (136) decía que, en principio, eran netamente restrictivos y, por lo tanto, ilícitos, a menos que sólo afectasen a una parte pequeña del mercado y con tal de que no se apreciase tendencia notable a la concentración en el sector. Por lo que se refiere a la finalidad económica, las deliberaciones del Senado y de la Cámara de Representantes a propósito de la Ley CELLER-KEFAUVER habían tenido en cuenta esta faceta, ya que se propuso reiteradamente la exención de las compras de "compañías desfallecientes", y la admisión de las fusiones entre dos compañías modestas como posible factor de emulación en el mercado, mientras que se vetaba la integración de dos sociedades grandes o una grande y otra pequeña.

El Supremo estimaba que no se daba en el caso Brown-Kinney ninguna de las excepciones apuntadas, ya que tanto la una como la otra sociedad eran grandes industrial y comercialmente, tanto más cuanto que, a juzgar por el comportamiento pasado de Brown y el testimonio de su propio Presidente, era más que probable que la adquirente utilizara su titularidad dominical sobre Kinney para obligarla a vender sus propios za

---

(136) Se citaba concretamente la sentencia International Salt Co. v. United States (1947), a propósito de varios convenios que, en realidad, consistían en algo mucho más fuerte y restrictivo que la simple exclusiva, pues respondían a la figura del contrato vinculante (tying contract), en virtud del cual el vendedor impone al comprador la obligación de comprarle, y de comprarle sólo a él, determinados artículos ajenos al objeto estricto del contrato.

logo al contrato con cláusula de compra exclusiva al vendedor. Se hacían eco, además, los jueces de Washington de la corriente hacia la concentración vertical, promovida precisamente por Brown y otros grandes fabricantes, y desestimaban el alegato de la encausada de que, a pesar de todo, la industria se nutría de gran número de fabricantes y minoristas y era dinámicamente competitiva: "el vigor que subsiste no puede inmunizar a una fusión si la tendencia en el sector va hacia el oligopolio". En conclusión, se aseguraba que "la industria del zapato está sometida precisamente a una serie cumulativa de fusiones verticales que, si se deja sin controlar, probablemente reducirá sustancialmente la competencia..... sin producir en compensación ventajas competitivas, económicas o sociales".

A continuación se estudiaban "los aspectos horizontales de la fusión", y se apuntaba que el efecto de la operación sobre la competencia dependía de su carácter y envergadura, con lo que su licitud se supeditaba a factores como el tamaño relativo y el número de las partes; el eventual reparto del mercado entre ellas; la posible fijación de precios de venta; o la absorción o aislamiento de empresas competidoras. Como consecuencia de la reforma CELLER-KEFAUVER sustituyente del módulo originario de ilegalidad (competencia entre adquirente y adquirida) por otro de perspectiva sectorial (competencia en el conjunto del mercado), había que acudir a una definición precisa del mercado. Era meritorio que la compra de Kinney por Brown había supuesto integración horizontal a niveles manufacturero y minorista. Sin embargo, habiendo fallado el Tribunal de Distrito que la concentración de las instalaciones fabriles era económicamente insignificante, y no habiendo el Gobierno apelado esta parte de la sentencia, el Supremo no tenía "ocasión" de pronunciarse sobre el asunto,

bía apreciado peligro de merma sustancial de la competencia a escalón minorista.

Nuevamente, se explanaba el esquema de mercado de producto-mercado geográfico. Respecto al primer punto, el Supremo se ceñía a las conclusiones de la instancia inferior sobre la existencia de cuatro categorías de tiendas de venta: a) hombres; b) mujeres; c) mujeres y niños; d) hombres, mujeres y niños, y confirmaba que antes del acto adquisitivo las encausadas competían a través de las cuatro clases de referencia. En cuanto a la delimitación geográfica, los criterios debían ser en principio los mismos. Más aún, del mismo modo que un sub-mercado desde el punto de vista del producto podía cobrar significación de "renglón de comercio" a los efectos del artículo 7º, así también un sub-mercado en el plano geográfico era susceptible de conceptuarse como "parte del país". Invocando el espíritu "pragmático, fáctico" con que el Capitolio abordara la idea del mercado, el Supremo reconocía que la noción territorial debía a la vez "corresponder a las realidades comerciales", de tal forma que, si en unos casos abarcara a la nación entera, en otros se redujera a una sola área metropolitana.

Las partes no habían discutido el considerando de los Magistrados de Distrito de que la nación en su conjunto era el mercado de referencia en el plano manufacturero, pero diferían en cuanto al comercio detallista. A su vez, el Tribunal de Distrito juzgaba que los efectos había que analizarlos en toda ciudad que excediera, como se recordará, de diez mil habitantes, amén del alfoz, siempre que tanto Brown como Kinney tuviesen en ella establecimiento propio de venta, lo cual suponía, según el Supremo, apenas la mitad de las ciudades en que una cualquiera de las dos poseyera tiendas minoristas. La sociedad recurrente argumentaba que el Tribunal de Distrito

no había definido con propiedad las zonas de competencia efectiva, las cuales, según los encartados, debían determinarse en ciertos casos de tal forma que sólo comprendieran la parte céntrica de grandes ciudades, y en otros, de modo tal que abarcaran las "áreas metropolitanas medias" dentro de las cuales cupiera discernir comunidades menores. Sin embargo, el Supremo confirmaba el módulo elegido por la instancia inferior, o sea, las ciudades de más de diez mil habitantes, amén de sus alrededores, donde tanto la adquirente como la adquirida tuviesen tienda propia, ya que eran "mercados lo bastante grandes para abarcar las tiendas propiamente urbanas (downtown shops) y los centros comerciales suburbanos en zonas contiguas a la urbe, .... y sin embargo lo suficientemente pequeños para excluir las tiendas situadas más allá de las inmediaciones de la ciudad, que son de poca importancia competitiva".

Delineados los aspectos económico y territorial del mercado, enjuiciaba el Supremo las conclusiones del Tribunal de Distrito sobre el efecto probable de la fusión en cuanto a la competencia horizontal de minoristas. En conjunto, se corroboraba la sentencia apelada, que si bien se basaba en el análisis de la situación en la ciudad de St. Louis, sede del Distrito, se había nutrido de las declaraciones de testigos procedentes de unas cuarenta ciudades donde entrabas firmas operaban y susceptibles de constituir "muestra aceptable" del mercado en cuestión. Se desestimaban los alegatos de Brown, según la cual las diferencias de tamaño, clima y nivel de riqueza de esas urbes impedían adoptar conclusiones uniformes sobre el grado de competencia: "No hay necesidad de alargar el ya complejo procedimiento antitrust con análisis detallados de hechos económicos periféricos (sic), si las cuestiones básicas del caso pueden determinarse por el estudio de una muestra representativa".



El Supremo atribuía suma influencia a la proporción del mercado controlada por las compañías que se concentraban: "En una industria tan fragmentada como la venta al por menor de zapatos, el control de proporciones sustanciales del comercio en una ciudad puede tener efectos importantes en la competencia. Si se aprobase ahora una fusión que consiga controlar un 5%, podríamos vernos obligados a revalidar futuros esfuerzos integracionistas de los competidores de Brown en busca de porcentajes análogos del mercado. Se incrementaría en tal caso el oligopolio que el Congreso trataba de evitar y sería difícil disolver las combinaciones previamente aprobadas". Las frases son bastante representativas de la actitud de los magistrados de la capital federal.

Otro hecho determinante de la operación consistía en crear una gran cadena nacional integrada por "el" escaalón manufacturero, con el resultado de que las tiendas minoristas de las sociedades "integradas" podrían vender sus marcas a precios más bajos que los minoristas independientes, eliminando a los mayoristas y acrecentando sus compras a la sección de fabricación de la empresa. Claro es que esta situación acarrearía algunas consecuencias beneficiosas para el consumidor, y desde luego, el Supremo cuidaba de puntualizar que no era ilícita la expansión de las operaciones de firmas "integradas" por el simple hecho de que perjudicara a modestas tiendas independientes. "Es la competencia, no los consumidores", se mataba, "lo que la Ley protege". Pero tampoco cabía desconocer que el Congreso se había propuesto promover la competencia "por la protección de empresas viables, pequeñas y de propiedad local", aun a sabiendas de que implicaría ocasionalmente costes más altos y precios más caros. El Congreso había optado, en suma, por la "descentralización". Se insistía en que la industria del calzado presentaba inquietantes indicios de concentración entre fabricantes y minoristas, y si bien el fenómeno

era típicamente vertical, no había dejado de surtir efectos horizontales. "Por la fusión de autos, el mayor grupo de tiendas minoristas todavía independiente de cualquiera de los grandes fabricantes fue absorbido en un aglutinamiento considerable de comercios detallistas más o menos controlados", comprobaba el Supremo, y concretamente Brown había pasado al segundo puesto en todo el país en términos de tiendas minoristas de propiedad directa. "No podemos soslayar el mandato del Congreso de que deben contenerse en sus orígenes (in their incipency) las tendencias hacia la concentración en la industria, especialmente cuando se están acelerando a pasos que abarcan simultáneamente a cien ciudades. A la luz de las corrientes en este sector, estamos de acuerdo con el Gobierno y el Tribunal inferior en que el estado actual es apropiado para dar la voz de alto".

Se concluía, pues, que el Gobierno había asumido con éxito la "carga de la prueba" y se confirmaba el pronunciamiento recurrido, si bien con votos particulares sobre la interpretación de los conceptos de "renglón de comercio", la extensión geográfica del mercado y la tendencia al oligopolio y a la concentración vertical.

d' - La campaña contra las fusiones entre industrias rivales. - Sería exagerado, más aún, falso, decir que el fallo Brown Shoe dio la orden de asaltar a las corporaciones gigantes que regularmente absorbían (y digerían con placidez) a competidores medianos y modestos, ya que, según hemos relatado, fue en realidad la sentencia federal contra Bethlehem el ariete que abrió la primera brecha. Pero no deja de ser sintomático que tras el caso recientemente expuesto, se sucedieran en menos de dos años dos pronunciamientos condenatorios del Supremo que explanamos a continuación: el asunto que podríamos llamar, según el nombre de sus protagonistas, Alu-

pany (138).

La División Antitrust acusó a la ALCOA de adquirir la Rome Cable Company, fabricante independiente de cables y conductores tanto de aluminio como de cobre. Antes de la operación, ALCOA, primera productora nacional de aluminio, tenía el 27% del mercado nacional, y Rome, el 1,3%, siendo sus principales compradores las empresas de servicios públicos (electricidad, telefonía, etc.) Este era, según el Gobierno acusador, el "renglón de comercio" presuntamente afectado, si bien cabía distinguir un submercado constituido por los conductores aislados de aluminio, en que ALCOA sumaba el 11,6% y Rome, el 4,7% del total nacional. El Tribunal de Distrito consideró que los cables y conductores no constituían "renglón de comercio" definido, entre otras razones porque el conductor aislado de aluminio era "intercambiable" con el de cobre, y sentenció que, por otra parte, no se apreciaban efectos anticompetitivos. Recurrió el Gobierno, y el Supremo falló, después de otorgar el recurso de certiorari, que, por el contrario, la operación violaba la Ley CLAYTON, ya que si cierta era la pequeñez del porcentaje de la firma adquirida, no lo era menos que Rome representaba una de las pocas empresas cuya independencia se había salvado en un ramo cada vez más concentrado por compañías colosales y que, precisamente, la Ley CELLER-KEFAUVER se había propuesto preservar a las firmas medianas merecedoras de subsistencia. En consecuencia, dispuso que la adquirente enajenara los activos y el capital de Rome.

Repercutió mucho más el litigio de la Continental

(137) United States v. Aluminum Company of America et alios, 377 U.S. 271 (1964). Ver informe norteamericano al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE, abril 1964-abril 1965, pág. 1.

(138) United States v. Continental Can Company, 378 U.S. 441 1964. Para un estudio detallado, ver STELZER, op. cit., páginas 99-112.

Brown Shoe bautismo de la nueva jurisprudencia, el de Continental supone la confirmación; si el primero, la iniciativa, el segundo, la perseverancia. Sin el proceso Continental es posible que el de Brown no hubiese sido más que incidente aislado, mero episodio.

En 1956, Continental Can Company, de Nueva York, segundo productor de envases metálicos, fundamentalmente de hojalata, adquirió todo el activo y el negocio y clientela de Hazel Atlas Company, de Virginia del Oeste, tercera fabricante de envases de vidrio. La operación no era precisamente primeriza: fundada en 1913 con objeto de adquirir todo el patrimonio de tres fabricantes de envases de metal, Continental había comprado ya veintiuna compañías del ramo, así como otras muchas que operaban en el de empaquetado, amén de un fabricante de botellas de polietileno y envases parecidos de plástico, catorce productores de envases de papel y cartón y cuatro compañías que confeccionaban cierres para envases de vidrio. En el año 1955, inmediatamente anterior a la adquisición de Hazel, la sociedad abastecía, aproximadamente, el tercio de los envases metálicos vendidos en los Estados Unidos. En 1956 Continental no sólo adquirió Hazel, sino también Robert Gair Company, Inc., productora importante de útiles de papel y de carbón, y White Cap Company, una de las primeras primeras fabricantes de cierres metálicos de vacío para envases también metálicos de productos alimenticios, de tal forma que de 1955 a 1956 sus activos casi se duplicaron y sus ventas netas pasaron de unos 666 millones a más de mil millones de dólares.

En cuanto a Hazel Atlas, ocupaba el tercer puesto, con aproximadamente el 9,6% de las ventas totales, en la industria de envases de vidrio, caracterizada, como la de envases metálicos, por el predominio de un reducido número de firmas. El primer fabricante nacional era Owens-Glass

y el segundo, Anchor-Hecking Glass Company, con el 11,6%.

El Departamento de Justicia entabló demanda por violación del artículo 7º y solicitó el correspondiente fallo de desposesión ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, que denegó el pedimento y declaró ilícita la operación, por los motivos que a continuación se resumen.

En la determinación geográfica del mercado no había fricción: entrambas partes reconocían, y así lo declaró también el Tribunal, que el mercado estaba constituido por la nación entera. En cambio, surgió una discrepancia importante en la cuestión de qué productos o artículos constituían el ámbito de competencia. El Tribunal juzgó y las partes admitieron que tanto la industria de envases metálicos como la de envases de vidrio eran los "renglones del comercio en cuestión" (the relevant lines of commerce), pero el Gobierno pedía que además se reconocieran otros renglones de comercio, algunos de los cuales se definían según los empleos o destinos finales por los cuales competían una y otra clase de envases, y que eran las industrias de cervezas, bebidas refrescantes, conservas, cosméticos, artículos de higiene, farmacéuticos y químicos, así como ciertos productos domésticos. El Tribunal reconoció, efectivamente, un fuerte grado de "competencia interindustrial" (interindustry competition), y añadía que "Hazel-Atlas y Continental eran parte de la estructura industrial general, cada una de ellas en una industria determinada y distinta..., pero sumida en una competencia interindustrial por atraerse a diversos consumidores finales de sus productos...". Sin embargo, rechazó, con la única excepción de los envases para cerveza, la afirmación del Gobierno de que la competencia entre recipientes metálicos y recipientes vítreos había determinado la formación de diversos mercados definidos por el empleo o destino. En opinión del Tribunal, el

petencia entre sectores o entre artículos en general y el tipo de competencia entre productos con fungibilidad razonable de utilización y elasticidad recíproca de demanda, que es lo significativo para la Ley CLAYTON". En definitiva, concluían los magistrados neoyorquinos, no por existir rivalidad entre sectores dejaba de tratarse de una "agrupación conglomerada" (conglomerate combination), de una concentración mixta "en la que una compañía que operaba en dos sectores distintos se emparejó a otra de un tercer sector con objeto de establecer una gama diversificada de productos". Una vez calificados como "renglones" distintos la industria de recipientes de metal y la de recipientes de vidrio, el pretorio neoyorquino aceptaba de plano los alegatos de Continental, a saber, que sus artículos no competían en general con los de Hazel-Atlas y que, por lo tanto, el Gobierno no había probado en absoluto que la operación redundase en merma de la competencia en el sector de envases metálicos, en el de recipientes de vidrio o entre los dos ramos.

Apeló el Gobierno al Supremo, el cual otorgó revisión de certiorari, y revocó la sentencia del Distrito, dando la razón al Departamento de Justicia con una larga exposición que merece reseña detallada.

Respecto a la conclusión del Tribunal a quo sobre el mercado en sentido económico, el Supremo se manifestaba en desacuerdo diametral. Afirmada por el órgano de primera instancia la existencia de tres mercados, envases metálicos, envases de vidrio y envases tanto de vidrio como de metal, para la cerveza, "la cuestión" residía en si la competencia, por otra parte reconocida, entre los recipientes vítreos y los metálicos para destinos que no fuesen la cerveza, era de tal tipo y naturaleza que mereciera la protección prevista por el artículo 7º, y si constituía mercado en sentido econó-

bía que invocar la sentencia Times-Picayune (139), según la cual "para todo producto existen sustitutivos, si bien el mercado de referencia no puede razonablemente abarcar una extensión infinita". Al mismo tiempo era impropio, como bien decía la sentencia del caso Dupont de Nemours en 1956, "exigir que los productos fuesen fungibles para considerarlos incluidos en el mercado de referencia". Entre los dos extremos, decía el Supremo, había que identificar, que aquilatar la "competencia significativa" (meaningful competition), y en esta materia se apelaba literalmente a la reciente sentencia Brown-Shoe, definidora de "las fronteras exteriores de un mercado económico" por la "razonable intercambiabilidad de empleo o elasticidad recíproca de demanda entre el producto y sus sustitutos", y que al mismo tiempo había apuntado la posibilidad, dentro del mercado en sentido amplio, de "submercados bien definidos... que en sí mismos constituyan mercados económicos a efectos antitrust".

Sobre las premisas generales se alzaba el análisis concreto de las circunstancias. Era cierto que los recipientes metálicos y vítreos tenían características cuyas diferencias podían incapacitar a unos o a otros para determinadas aplicaciones, como también lo era que difería la maquinaria indispensable a la manipulación de éstos y aquéllos, y que tal usuario de latas o de botellas sólo podía utilizar una de las dos clases y no le era factible pasar de la noche a la mañana de un tipo a otro si el precio u otros factores se lo aconsejaban, y que en suma, era distinta la competencia entre envases de vidrio y envases de metal de la rivalidad de

---

(139) Times-Picayune Publishing Co. v. United States (1953), litigio famoso en que el Supremo absolvió, por falta de pruebas concluyentes, a la compañía de referencia, propietaria de un periódico matutino y otro vespertino en Nueva Orleans, acusada por el Gobierno de obligar a quienes quisiesen anunciar en uno cualquiera de los diarios, a insertar el anuncio en los dos a la vez.

tas unas con otras. Mas dato de tanta importancia no era lo decisivo, como lo demostraba el hecho capital de que muchos productos, manufacturados con envase de metal, se vendían cada día más en recipientes de vidrio y viceversa. Ejemplo de aquello, los refrescos, gracias en parte precisamente a los "denodados esfuerzos de Continental"; y ejemplo de lo segundo, los alimentos para bebés. En la cerveza se reñía una intensa batalla competitiva entre la hojalata y la botella, nuevamente con Continental como uno de los protagonistas. En las conservas alimenticias, productos de higiene y cosmética, medicina y salud, y artículos farmacéuticos y químicos, cada fabricante trataba de mejorar sus productos o de imponer otros nuevos en el mercado a costa de los demás, con el resultado de que los industriales podían "pasarse", al cabo de un cierto tiempo, de un tipo a otro de envase. En el ramo de las conservas alimenticias, una de las variedades había incluso "suplantado" a la otra.

El Supremo refutaba, en suma, lo que consideraba interpretación "demasiado estrecha" de los términos "competencia", en el sentido del artículo 7º, y "razonable intercambiabilidad de uso o elasticidad recíproca de demanda", y, sobre todo, rechazaba de plano en la sentencia recurrida la afirmación de que el fallo "Brown Shoe tendía a reducir el ámbito de la competencia protegida por el citado precepto a la que pudiese existir entre productos idénticos". El hecho de que hubiese competencia "entre industrias", es decir, entre productos de características distintas, no excluía el caso automáticamente del alcance del artículo 7º. Lo determinante consistía en darse una "confrontación más bien general entre recipientes de metal y de vidrio" y en que "la competencia entre ellos para los mismos empleos de destino" era "insistente, continua, efectiva y cuantitativamente muy sustancial". Se abocaba, pues, a la



conclusión de que "el área de competencia efectiva entre la industria de envases de metal y de vidrio es mucho más amplia que la de recipientes para cerveza". Imbuido de sentido común y realismo económico, apostillaba el Supremo que, no obstante calificar los receptáculos de vidrio y de metal como "líneas separadas del comercio", desde el momento en que los fabricantes de uno y otro sector no dejaban de ser afectados por la fusión, ya se dibujaba una o más líneas de tráfico: "En el supuesto de que la zona de competencia efectiva atravesase las fronteras sectoriales, también lo hace la línea de referencia del comercio; de otro modo no cabe formular determinación adecuada del verdadero impacto de la fusión", frase que representaba el triunfo del concepto sobre la palabra, de la idea sobre el término, del análisis económico sobre la exégesis formalista.

En cuanto a la cuestión de si la fusión habría de producir efectos anticompetitivos, el Tribunal Supremo puntualizaba cautelosamente, invocando las "enseñanzas de Brown Shoe, acrecidas por su aplicación y elaboración en United States v. Philadelphia National Bank,... y United States v. El Paso Natural Gas Co. ..", que la participación en el mercado constituye "un indicio primario" del poder de mercado, pero que no cabía pronunciarse por un solo criterio cuantitativo o cualitativo. Por el contrario, se imponía la consideración "en<sup>el</sup> contexto del mercado concreto, de su estructura, historia y futuro probable", salvo que (matiz, a nuestro juicio, muy atendible, que revelaba la evolución del Tribunal) la talla de la operación fuese "intrínsecamente sospechosa", caso en el cual quedaba el acusador "dispensado" de presentar pruebas "complicadas" sobre estructura y funcionamiento del mercado y probables efectos anticompetitivos.

Para el Supremo, lo determinante fue, sin duda, la proporción que tanto Hazel Atlas como Continental, ésta más que

la primera, ocupaban en la venta de sus artículos. De Continental se decía que "ocupaba una posición dominante en la industria del envase metálico", con el 33% de las ventas totales y que, además, había expandido las ventas de esta clase de recipientes en todos los mercados y destinos posibles, a costa, en buena parte, de los de vidrio, con el resultado de que en el mercado total constituido por unos y otros envases, su participación alcanzaba en 1955 el 21,9%, lo cual suponía el segundo lugar. Al adquirir Hazel-Atlas, que con el 9,6% de las ventas de receptáculos de vidrio era la tercera en este sector, Continental había mejorado "significativamente" su posición, pasando concretamente del 21,9% al 25% de los envíos totales. Además, se hacía hincapié en el alto grado de concentración de la industria en su conjunto, "dominada" por seis firmas que hacían en total el 70,1% de las ventas. En conclusión, la fusión violaba el artículo 7º, y se invocaba nuevamente el fallo Philadelphia Bank, que había dicho: "Cuando ya la concentración es grande, la importancia de impedir incluso ligeros aumentos en la concentración y de preservar así la posibilidad de una eventual desconcentración es correlativamente grande". En consecuencia, se revocaba con tres votos particulares la sentencia a quo y se devolvía el caso para "ulteriores actuaciones consiguientes al presente fallo".

Los casos que anteceden constituyeron, si se nos permite la última terminología, dos nuevos peldaños en la "escalada" antitrust". Residenciada definitivamente la concentración horizontal en sentido estricto, el Supremo sancionaba también la semi-horizontal, es decir, la que surge entre industrias mutuamente competitivas a pesar de no ser idénticos ni totalmente fungibles sus productos. Veamos a continuación cómo en el mismo año de 1964 el pretorio de Washington añadió otra figura a la lista de las operaciones perseguibles: la filial común entre competidores.

banquillo.-- En 1960, dos firmas químicas, la Pennsalt Chemicals Corporation y la Olin Mathieson Chemical Corporation constituyeron a partes iguales las sociedades Penn-Olin Chemical Company, con fábrica en Calvert, Kentucky, para fabricar y vender clorato de sodio en el sureste de los Estados Unidos. La operación remataba un período de intensas relaciones comerciales entre los contratantes, ya que desde hacía casi tres años Olin, que nunca fabricara clorato por sí misma, se portaba como agente exclusivo de venta del clorato Pennsalt en la zona sureste. La estructura del mercado federal en 1961, fecha en que empezó a funcionar la planta de Penn-Olin, era un oligopolio caracterizado, pues sólo existían tres fabricantes: Hocker Chemical Corporation, el mayor; American Potash & Chemical Corporation, y la citada Pennsalt. Las dos primeras poseían el "monopolio virtual" de la zona suroriental, con el noventa por ciento de las ventas; y Pennsalt suministraba el resto, a través de Olin.

El Departamento de Justicia acusó a Penn-Olin de violación de los artículos 1º del Texto Sherman y 7º del Clayton ante el Tribunal del Distrito de Delaware, solicitando su disolución (140). Aducía que de no haber sido por la filial conjunta entrabas sociedades habrían entrado cada una por su lado en un mercado plenamente expansivo, poniendo así en cuatro el número de oferentes. Los encartados replicaron que los dos habían discurrido y desechado la posibilidad de expandirse por separado, y que precisamente la filial común redundaría en el aumento de la tensión competitiva.

El Tribunal comprobó que, por una parte, tanto Pennsalt como Olin tenían sobrada capacidad técnica y financiera para construir, cada uno por su lado, una fábrica propia en el sureste, y por otra, que si bien entrabas compañías no

---

(140) Para una lectura detallada, véase STELZER, op. cit., páginas 112-123.

habían materializado el proyecto después de años de estudios preliminares, eso no significaba que lo abandonaran para siempre en el momento de constituir conjuntamente la filial de referencia. Ahora bien, lo único decisivo era "determinar si en términos de probabilidad habrían ingresado entrambas compañías en el mercado como competidores individuales, si no se hubiese constituido Penn-Olin". El Tribunal alegaba: "Sólo en tal su puesto habría quedado excluida por la filial conjunta la competencia potencial entre las dos compañías", y más adelante indicaba que era "imposible" concluir que Pennsalt y Olin hubiesen levantado sendas plantas en el sureste en defecto de la fundación de Penn-Olin. No concretó, en cambio, pronunciamiento alguno sobre la eventualidad de que una de las protagonistas levantara su fábrica mientras la otra continuaba sopesando sus oportunidades. Simplemente apuntó que en esa hipótesis no había base para inferir que la filial común surtiese el efecto de mermar sustancialmente la competencia, cosa que sólo se habría apreciado a la vista del "impacto competitivo" de Penn-Olin, comparado con el que resultara si una u otra de las fundadoras hubiese sido oferente autónomo en el mercado. Como no cabía precisar tanto a la vista de los datos, no existía razón teórica para suponer que Penn-Olin sería un rival menos eficaz que lo fuera Pennsalt u Olin.

En consecuencia, el Tribunal falló que no había violación de la Ley SHERMAN ni de la Ley CLAYTON. El Gobierno apeló al Supremo, que otorgó el certiorari. Aún aceptando la impresión del órgano inferior de que sólo una de las matrices habría entrado en el mercado del sureste de no haberse creado el ente asociativo, así como la absolución decretada respecto a la Ley SHERMAN, los nueve juzgadores de Washington determinaron que el Tribunal de Distrito no apuró debidamente el examen de las posibilidades de que Penn-Olin violara el artículo 7º de la Ley CLAYTON, y decretaron, si bien con votos particu-

de los autos al Tribunal a quo para que procediera a nuevo examen del caso. Los considerandos reconocían que era la primera vez que se planteaba en el Supremo la validez, con arreglo al artículo 7º, de la participación conjunta de dos corporaciones en una tercera como organización productiva instrumental: "Estamos, pues, arando en terreno virgen". El problema era tanto más importante cuanto que en los últimos años la fórmula de la filial conjunta no dejaba de extenderse hasta rayar en notable "significación económica".

Los acusados alegaban que el artículo 7º sólo era aplicable cuando la compañía adquirida o absorbida estuviese ya "dedicada" al comercio, no cuando se tratase de una nueva corporación. El Supremo replicaba que el planteamiento carecía de lógica, si se consideraban la letra de la Ley y sus orígenes. Realmente el módulo del artículo 7º debía cifrarse en el efecto de la adquisición y en este punto no cabía negar que la formación de una filial común y compra de su capital accionario por los fundadores reduciría sustancialmente, más aún eliminaría, la competencia entre ellos, tanto si ya competían realmente como si se tratase de una rivalidad potencial, incluso en el supuesto de que la filial se fundase para la creación de una empresa totalmente nueva: "En términos de realismo, los padres no querrán competir con su criatura. Más aún, en este caso la criatura se constituyó para desarrollar el negocio de sus padres.....". Más adelante, se explanaban de modo general los riesgos anticompetitivos de la filial común para la competencia, semejantes a los de la "fusión" (merger) y el "amalgama" (conglomeration), y se calificaba a la figura como "instrumento competitivo escogido por dos o más corporaciones que anteriormente funcionaban de modo independiente y en competencia normalmente la una con la otra", con el resultado de que no cabía esperar que ninguno de

los fundadores luchase con la filial en su propio ramo. "Inevitablemente las operaciones de la filial conjunta quedarán congeladas a esos sectores de comercio que no la hagan competir con sus progenitores (parents), y del mismo modo éstos quedarán excluidos del mercado de la filial conjunta". Se reconocía que de todos modos no eran aplicables las mismas consideraciones que a la fusión, pues ésta "elimina del mercado a una de las corporaciones participantes, mientras que una filial común crea en él una nueva fuerza de competencia...". Continuaban, a pesar de todo, siendo válidas las reglas elaboradas por el Congreso en las leyes antitrust, es decir, que la operación era ilícita si tendía al monopolio o planteaba "la probabilidad racional" de una merma notable de competencia.

En particular, los supremos magistrados reprochaban al Tribunal que sólo hubiese tenido en cuenta dos hipótesis: la entrada de entrambas compañías en el mercado y la entrada de una sola de ellas. Todavía quedaba por considerar "el hecho de que Penn-Olin eliminó la competencia potencial de la corporación que habría podido permanecer al borde del mercado, amenazando continuamente entrar en él", y de la misma manera que una fusión eliminaba la rivalidad en acto, la filial conjunta podía muy bien suprimir la posibilidad de competencia entre sus fundadores. La única diferencia era de orden temporal: el presente en el caso de fusión, el futuro en el de la filial. Concretamente "la competencia potencial.... como sustituto de ..... (la competencia en acto) puede refrenar a los productores de cobrar demasiado a sus compradores, o de pagar demasiado poco a sus vendedores....." La existencia de una corporación "agresiva" bien equipada y bien financiada en el mismo ramo o en uno conexo, en espera impaciente de entrar en el mercado, constituiría siempre para los oligopolistas un "incentivo sustancial", según el Supremo, como lo demos-

cuanto supieron el interés de Pennsalt y Olin por aumentar su penetración en la región sureste. "Esta misma situación habría podido muy bien producirse si Olin o Pennsalt hubiese entrado sola en el mercado de referencia y la otra se hubiese quedado al margen observando los acontecimientos".

El Tribunal de Distrito había dicho que esta cuestión "no tenía por qué ser resuelta". Por el contrario, el Supremo pensaba que había que resolverla, y se abstenía de entrar en el fondo. Ahora bien, ¿cómo deberían los jueces de Delaware abordar su nueva misión? ¿Qué criterios deberían utilizar? Por de pronto, se reconocía que era "imposible" demostrar los efectos competitivos "precisos" de la eliminación de Pennsalt u Olin como rival en potencia. Tampoco había pruebas de "intención específica" de utilizar la filial como medio de eliminar la competencia, ni de acuerdo restrictivo entre los co-fundadores. Sólo quedaba una serie de criterios más o menos objetivos, basados en datos técnicos, y el Supremo enumeraba los siguientes a título de ejemplo: número y poder de los competidores; orígenes de su desarrollo; poder de los co-fundadores; relación existente entre sus líneas de fabricación; competencia entre ellos y poder de cada uno para negociar con los competidores del otro; el marco en que se había constituido la filial común; razones y necesidad de su existencia; renglón de la filial y su relación con el de las matrices; adaptabilidad de su rama de producción a prácticas no competitivas; influencia potencial de la filial común en el mercado; estimación de la rivalidad resultante en el mercado si hubiese entrado en él aisladamente uno de los fundadores; consecuencias, en la hipótesis de que así hubiese ocurrido, de la competencia potencial del otro fundador; y, por fin, cualesquiera otros factores que pudieran indicar riesgo en potencia para la tensión competitiva en el mercado. "Al sopesar estos factores", añadía

del Congreso es en términos de la probabilidad de una merma de competencia sustancial, no en términos de restricción efectiva y tangible".

En cumplimiento del fallo mayoritario, el Tribunal de Distrito procedió en 1965 a nuevo examen y otra vez llegó a la conclusión de que ninguno de los encartados habría entrado por su cuenta en el mercado suroriental de clorato, por lo que volvió a desestimar la pretensión del Gobierno; éste volvió a recurrir al Supremo, pero quedó confirmada la Sentencia en diciembre de 1967 al resultar empate a votos. En consecuencia, no se disolvió Penn-Olin.

A la vista del anómalo final, desvaído colofón de un proceso original, cabría opinar que el Gobierno fue derrotado. Es más, no faltan análisis críticos de signo pesimista con referencia a la posibilidad de impugnar las filiales comunes. Así, ROBERT PITOFSKY (141), autor, a buen seguro, del estudio más concienzudo sobre el litigio, ha escrito que, a diferencia del gran progreso alcanzado en punto a fusiones, con respecto a filiales conjuntas es "imposible" registrar un progreso comparable. Penn-Olin es hasta la fecha el único caso decidido por el Supremo a la luz del artículo 7º, y "salvo la tesis unánime de que el artículo 7º es aplicable a las filiales comunes, conclusión que apenas podía sorprender a quien tuviera ciertos conocimientos en la materia, su mayor contribución parece haber sido la enunciación de una lista un tanto ambiciosa de factores pertinentes (designados "'criterios"' de legalidad), sin indicar el peso relativo que se les debería atribuir o las normas para su aplicación. Mientras tanto, cunde la impresión,.... de que las principales compañías crean más filiales comunes, y de que éstas representan actualmente una creciente amenaza al proceso competitivo".

---

(141) Joint ventures under the antitrust laws: some reflections on the significance of Penn-Olin, vol. 82, págs. 1.006-1.063, de la Harvard Law Review, 1969. El autor es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.



trovertible que el caso Penn-Olin no deja de ser una conquista de la jurisprudencia, y que no obstante la casi'ndalidad de sus efectos inmediatos, constituye precedente valioso para la acción futura de las autoridades federales.

f' - El caso Consolidated Foods: ofensiva contra la concentración "conglomerada". - Fue el primer asunto de la Comisión Federal de Comercio resuelto por el Supremo (en 1965) después de la reforma CELLER-KEFAUVER (142). Su significado reside en haber dado a la jurisprudencia federal la primera ocasión de enjuiciar una integración de empresas que ni eran competidoras ni estaban en relación de proveedor a cliente ni de productor a distribuidor. No se trataba, pues, de ninguna de las dos categorías clásicas, horizontal y vertical, sino de un tercer supuesto, que prolifera, por cierto, en los últimos años y que, como se ha dicho, consiste en la amalgama de firmas productoras de artículos de naturaleza diversa, dirigidos a la satisfacción de necesidades de diferente orden, y recibe por eso el nombre de "conglomerado" (conglomerate), es decir, concentración mixta o heterogénea. Bien es verdad que dentro de la heterogeneidad caben por definición muchos matices, y que si en algunas operaciones se da cierta afinidad o parentesco económico entre los sectores o ramos de las firmas protagonistas, es decir, lo que llamaríamos una heterogeneidad de primer grado o cuasi-horizontalidad, en otras no hay relación técnica ni económica en absoluto. A nuestro juicio, el caso de Consolidated Foods era más bien de primer grado, pero esta precisión no afecta a la esencia.

En 1951, Consolidated Foods Corporation, gran productora y, sobre todo, importante distribuidora de alimentos preparados (processed food), tanto al por menor como al por mayor, adquirió la firma Gentry, Inc., que fabricaba princi-

palmente cebolla y ajo deshidratados. Considerando que Gentry hacía el treinta y dos por ciento de las ventas de entrambos artículos en el mercado nacional, y que junto a su principal competidor, Basic Vegetable Products, Inc., sumaba el noventa por ciento, otras dos firmas se repartían el diez por ciento restante y, asimismo, la fuerte posición de la adquirente, la Comisión Federal de Comercio acusó a Consolidated de infringir el artículo 7º, supuesto que la adquisición le confería el poder de forzar a sus clientes ordinarios, es decir, las diversas casas elaboradoras de preparados, a comprarle exclusivamente a ella el ajo y la cebolla deshidratados, ora seduciéndoles con la perspectiva de comprarles sus productos, ora amenazándoles con dejar de hacerlo. Según la Comisión, Consolidated incurría, probablemente, en la práctica de la "compra recíproca" (reciprocal buying o reciprocal purchasing), reite radamente descalificada por la jurisprudencia en cuanto restrictiva de la competencia. Concretamente, el pliego de cargos decía que "simplemente como resultado de su relación con Consolidated, y sin que ésta tuviera que hacer nada, Gentry tendría sobre sus competidores una ventaja injusta, permitiéndole ventas que de otra manera podrían no haberse realizado", y se ordenaba a la adquirente que se deshiciera de la firma comprada.

Consolidated recurrió ante el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito, que sentenció en 1964, a la vista de la experiencia de los diez años siguientes a la absorción, que la Comisión no había conseguido demostrar probabilidad alguna de merma notable de la competencia. Por otra parte, la proporción de Gentry en el sector de ajo deshidratado había bajado en un doce por ciento, mientras que apenas subía un siete por ciento su participación en el mercado de cebolla, y si bien se habían registrado esfuerzos de Consolidated por lograr relaciones de compra recíproca, no habían tenido éxito. El Tribunal concluía que "la mejor manera de aquilatar la probabilidad

orden de desposesión.

La Comisión apeló ante el Supremo, que ~~otorgó~~ certiorari y revocó el fallo recurrido, confirmando así la orden de la agencia federal. Primordialmente, el Supremo consideró que el Tribunal a quo había errado al dar "demasiado peso" a las pruebas del período subsiguiente a la adquisición, pues no era correcto deducir de diez años de comportamiento aparentemente normal por parte de Consolidated que se había despejado para siempre el peligro de restricción de la competencia: "Ningún grupo que adquiriera una sociedad con oportunidades de compra recíproca tiene derecho a un período de "prueba libre" (free trial period). ... Si se confiere a las pruebas del período siguiente a la adquisición (post-adquisition evidence) un peso decisivo....., las adquisiciones seguirían adelante de grado o por fuerza, y las partes se tomarían su tiempo hasta que se pudiese dar libre curso a la reciprocidad....." Por otra parte, las pruebas reunidas tendían más bien a confirmar que a controvertir, pese a lo que opinaba el Tribunal inferior, el probable efecto anticompetitivo de la operación. Efectivamente, a pesar de ser el producto de Gentry según confesión de su propio Presidente, inferior en calidad al de Basic, había conseguido en un mercado que se ensanchaba rápidamente, incrementar en un siete por ciento su participación en las ventas totales y contener su retroceso relativo en el ramo de ajo a un doce por ciento.

Los magistrados de Washington puntualizaban que no era forzosamente contraria a la Ley CLAYTON toda adquisición societaria portadora de la probabilidad de tratos recíprocos. No habría ilegalidad mientras la práctica se realizase "en grado mínimo" (de minimis). "Pero cuando, como en este caso, la adquisición recae sobre una compañía que domina parte sustancial de un mercado, habrá que sancionar toda conclusión de

compras recíprocas por parte de la Comisión". Las pruebas eran "claramente sustanciales" a juicio del Supremo. Consolidated había intentado reiteradamente imponer la reciprocidad y "algunas veces lo consiguió". La estructura de la industria era "peculiar", caracterizada por el dominio de Basic, mientras Gentry "cubría huecos"; más aún, estaba demostrado que "muchos compradores han decidido que la mejor manera de salvaguardar su fuente de suministro consiste en la política de comprar a dos proveedores", pero que, si irrumpía en este esquema la práctica de tratos recíprocos o simplemente la inducción a efectuarla, podía ocurrir, según la Comisión Federal, que compradores parcialmente clientes de Basic, por la mejor calidad de sus artículos, buscaran en Gentry una segunda vía de abastecimiento en la creencia de que así podrían vender más a Consolidated. El resultado era que no sólo hacía Gentry ventas que en otras circunstancias se habría apuntado Basic, sino que se fortalecía y solidificaba la estructura de oligopolio dual del sector y se quitaba todo incentivo para el ingreso de otras empresas.

g' - La jurisprudencia en los cinco últimos años (1965-1970): confirmación de la tendencia anti-concentradora.-

El caso Continental Foods cierra por ahora la lista de pronunciamientos fundamentales, es decir, de fallos definidores de orientaciones básicas en la interpretación del ordenamiento anti-trust, y es lógico que así haya sido, ya que ni todos los años se pueden dictar sentencias innovadoras ni todos los ejercicios brindan la oportunidad de calificar o declarar una nueva categoría genérica de hechos o situaciones punibles.

Impugnadas con éxito una tras otra las modalidades primordiales de integración empresarial: concentración horizontal, aglutinamiento vertical y amalgama mixta o "conglomerada", la política de las agencias federales ha consistido en consolidar y ensanchar el terreno conquistado. Tras la escalada, el asenta-

Tribunales de la Unión en el quinquenio 1965-1970, la ofensiva redoblada, tenaz, sistemática, contra vastas operaciones fusionistas muy semejantes a la tipología jurídica y estructural de los litigios anteriores, que se han invocado con todo éxito como precedentes directos e inmediatos. Si se repasan, en efecto, los principales expedientes resueltos de 1965 acá, se aprecia que formalmente, mutatis mutandis, son repetición de la doctrina legal elaborada de 1962 a 1965. Resumamos a continuación algunos de ellos, distinguiendo sucesivamente los casos de concentración horizontal, integración vertical y "conglomerados".

El más significativo en cuanto a fusión de competidores ha sido Von's Grocery, nombre de la sociedad propietaria de la tercera cadena de tiendas de alimentación (grocery stores) en Los Angeles y su área metropolitana. Von's Grocery, cuyas ventas totales al por menor suponían el 4,7% de las ventas locales de 1958, adquirió al año siguiente la sociedad Shopping Bag, propietaria de otra cadena clasificada en quinto lugar, con el 4,2%, aproximadamente. El mercado de los Angeles tendía a concentrarse, pues si las ocho primeras cadenas controlaban en 1948 el 33,7% de las ventas, diez años después el porcentaje había subido al 40,9%. El Departamento de Justicia señaló que se cernía el oligopolio sobre el ramo de alimentación en la urbe californiana, y que la fusión de referencia no haría más que precipitar el proceso, por lo que había que ordenar a Von's que se deshiciera de Shopping Bag. Sin embargo, el Tribunal de Distrito estimó que la competencia no se había resentido en absoluto de la corriente concentradora y que no menguaría probablemente "en el futuro previsible" como resultado de la operación. El Tribunal especulaba con el hecho de que el acceso al mercado de cadenas de alimentación era bastante fácil y rechazó la demanda. Apeló

el Gobierno ante el Supremo y, concedido el certiorari, alegó que es ilegal, con arreglo al artículo 7º, toda fusión entre competidores directos, incluso en ramos relativamente poco concentrados, primero, "si el mercado se ve amenazado por una concentración injustificada" (undue concentration), y, segundo, si la operación incrementa de modo considerable la concentración. Ciertamente, no se podía aquilatar el efecto concreto de la fusión en el sector alimentario de los Angeles, pero en un mercado propicio a un aglutinamiento indebido la acción de Von's constituía "un paso pronunciado" hacia adelante, y con unos pocos más de esa dimensión se provocaría una concentración seguramente susceptible de relajar la competencia. Insistía, además, en que la política anticolosalista sería ineficaz si para intervenir hubiese que esperar a los hechos consumados. El Supremo dio la razón al Gobierno y por Sentencia de 30 de enero de 1967 ordenó a la acusada que en el plazo de veintisiete meses se desposeyera de una serie de tiendas especificadas por el fallo.

El Von's Grocery ha sido tremendamente criticado por economistas y hombres de negocios, los cuales han tachado al Supremo de aplicar reglas rígidas, más aún simplistas. Esto es indiscutible desde el punto de vista de la ciencia económica, pero los defensores del pronunciamiento (143) replican con dos alegaciones contundentes, pragmática una, teórica la otra: si hubiese que aplicar el derecho de fusiones, analizando caso por caso todos los hechos de relieve económico, ese derecho sería absolutamente ineficaz, y, en definitiva, tampoco podría el empresario disponer siquiera de claves o criterios mínimos sobre qué fusiones son lícitas y cuáles no; por otra

---

(143) Véase, en particular, DONALD TURNER, "The merits of antimerger policy", conferencia de 7 de marzo de 1967 ante el Town Hall Forum, en el Hotel Biltmore de los Angeles; y EDWIN ZIMMERMAN, "The Supreme Court and the Antitrust Laws: a criticism of the critics", conferencia de 14 de abril de 1967 ante la "American Bar Association", en el Shoreham Hotel de Washington.

parte, la desagradable realidad es que la teoría económica no acarreó hasta ahora orientación doctrinal exacta ni aproximada sobre el punto y momento en que una integración empieza a ser peligrosa para la competencia, salvo en hipótesis tan claras y definidas que no requieren planteamiento científico especial.

Concomitantes y sobremanera análogos al caso expuesto han sido los litigios Pabst-Blatz y Jos. Schlitz, planteados en el sector de la industria cervecera. En cuanto al primero, surgió a consecuencia de la adquisición de Blatz Brewing Co., la décimoctava cervecería del país, por su rival Pabst, en décimo puesto, operación que permitió a la adquirente ostentar el tercer puesto por volumen de ventas en 1961. El Departamento de Justicia impugnó la compra por considerar que acarrearía una probable mengua de competencia en el Estado de Wisconsin, donde entrabas firmas tenían su sede, y además en el área Illinois-Michigan-Wisconsin y, en definitiva, en el conjunto del mercado federal, alegando, por otra parte, que el mercado se había caracterizado por un descenso sensible del número de fábricas independientes, mientras que las plantas principales incrementaban sin cesar su participación en la oferta global. El Tribunal de Distrito consideró que no había razón alguna para considerar separadamente el territorio de Wisconsin y el de los tres Estados mencionados como zona de competencia, y negó importancia determinante a las estadísticas sobre la estructura del sector, desestimando, por lo tanto, la demanda gubernamental.

Apeló el Gobierno ante el Supremo, que le dio la razón, confirmando la doctrina apuntada en sentencias como Philadelphia Bank y la propia Von's Grocery, según la cual constituye mercado toda zona donde pueda la competencia sufrir merma importante (144). Lo más sugestivo de un fallo en virtud (144) United States v. Pabst Brewing Co. (1966). Ver extracto en "La puissance économique et la Loi", OCDE, París, 1970, pag. 35

del cual se ordenaba la desposesión de lo adquirido, es el párrafo que admite la definición simultánea de un mercado regional y otro local: "El Gobierno puede suministrar pruebas de que, como consecuencia de la fusión, podrá la competencia quedar notablemente restringida en el conjunto del país pero puede, igualmente, demostrar que cabe también restringir notablemente la rivalidad en una o varias regiones del país. Tanto en un caso como en el otro, esto probará que hay infracción a los preceptos del artículo 7 de la Ley Clayton."

En el litigio Jos. Schlitz, el Supremo ha confirmado (1966) el fallo de un Tribunal de Distrito que declaraba infracción del artículo séptimo por Jos. Schlitz Brewing Co., compradora en 1964 de todos los activos de la Burgemeister Brewing Company, de California, así como por parte del capital de John Labatt Limited, tercera cervecería del Canadá, la cual controlaba a su vez la General Brewing Company, igualmente californiana. Apelaron los encartados al Supremo, que dió en todo la razón al órgano inferior, considerando especialmente: primero, la tendencia sostenida a la concentración en el ramo cervecero; segundo, la notable acentuación del proceso que resultaría de las compras referidas, como lo demostraba que la participación de Schlitz en el mercado californiano pasara de 3,9% a 14,6% al comprar Burgermeister, y al 23,3% al adquirir indirectamente General Brewing; y tercero, la supresión de competencia potencial que suponía cada una de las adquisiciones. Se ordenaba, por lo tanto, a Schlitz deshacerse de los activos de Burgermeister y de las acciones adquiridas en Labatt. Retengamos el siguiente párrafo del fallo del Tribunal de Distrito: "Las tarifas de transporte a través de la cordillera central vienen a apoyar la observación de que los ocho Estados del Oeste forman efectivamente una región definida. La densidad de población y el ritmo de desarrollo en California indican claramente la unidad que



hay que tomar como referencia. Además, una y otra cerveza fusionadas venden el noventa por ciento de su producto en California o en la zona de los ocho Estados".

Gracias a estas dos resoluciones se ha consolidado una jurisprudencia rigurosa que no admite el argumento simplista de que el único mercado de referencia es el conjunto del territorio federal o, en el peor de los casos, una parte lo más vasta posible.

Otros dos casos salientes se registraron en el sector prensa, que desde hace años experimenta marcada tendencia a la integración. En el asunto Citizen Publishing Company y asociados contra los Estados Unidos, el gobierno atacó, aplicando los artículos 1º y 2º de la Ley Sherman y el 7º de la Ley Clayton, un acuerdo entre los dos únicos diarios de la ciudad de Tucson, en Arizona, el Star y el Citizen, con tiradas prácticamente iguales, sobre creación, como empresa común de entrambas partes, de la Tucson Newspapers, Inc. (TNI) cuya misión sería dirigir todos los servicios de las dos publicaciones, a excepción del de noticias y de los artículos editoriales, y traspaso a la nueva entidad del material de fabricación y distribución de cada uno de los diarios. Como distribuidor exclusivo, la TNI fijaría en lo sucesivo las tarifas de suscripción y de los anuncios publicitarios. Los beneficios se aportarían a un fondo común y ni los dirigentes ni los accionistas de uno y otro periódico podrían montar empresa competidora en el condado de Pima, región donde se repartían el Star y el Citizen, y por último se ofrecía a los accionistas del segundo una opción de compra de las acciones del primero, cuyo ejercicio fue la chispa que desencadenó el circuito procesal. El Tribunal del Distrito dió la razón al Gobierno y ordenó a la demandada que sometiera un plan de

enajenación del Star y de devolución a esta empresa de su estatuto de persona moral independiente; la demandada se comprometía, además, a suprimir las cláusulas de fijación de precios, de aportación al fondo común y de control del mercado. La condenada apeló al Supremo, que confirmó la sentencia, señalando una vez más que la fijación de precios es ilícita per se y que la puesta de beneficios en común según proporciones fijas es práctica contraria a la Ley Sherman, pues predispone contra el estímulo de lucha. Ahora bien, lo más enjundioso ha sido negar la excepción de "sociedad en peligro" o "en desfallecimiento" (failing firm), invocada por Citizen, que afirmaba sufrir pérdidas, cosa por otra parte cierta. El Supremo ha sentenciado que la demandada no había probado que Citizen estuviese a punto de cesar en sus actividades ni que el convenio fuese el único medio de salvar el periódico, ni que no hubiese ningún otro comprador en perspectiva.

El del Times Mirror (145), fué asunto en el que el Supremo confirmó sumariamente el fallo del Tribunal del Distrito Centro de California, declarando contraria al artículo séptimo la compra por Times Mirror Co., editora de Los Angeles Times, el mayor diario californiano, del Sun Company de San Bernardino, último gran editor independiente de periódicos en el sur de California (1964). El Tribunal declaró que la adquisición había abocado a la restricción de la competencia en el mercado, concretamente el condado de San Bernardino, y ordenó, por lo tanto, a Times Mirror que renunciara al Sun Company. Ante el Supremo, Times Mirror sostuvo en primer término que el Tribunal había definido inexactamente el producto y el mercado geográfico. El Times y el Sun no competían, según el demandado, sino que eran publicaciones complementarias. Sin embargo, -

(145) Times Mirror Co. v. United States, (1968). Ver informe anual de los EE.UU. al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE, periodo abril 1968-abril de 1969.

el Supremo ha dado en todos los puntos la razón al órgano -  
a quo, apreciando por una parte que los diarios constituyen un  
producto definido, y que el Times y el Sun formaban parte de -  
un mercado único, como demostraba el testimonio de lectores, anu-  
ciadores, economistas y editores. El criterio de la competencia  
no se funda necesariamente, según el Supremo, en la interelasti-  
cidad de la demanda en función de los precios, cuando se trata  
de productos de bajo precio consistentes en un conjunto de ar-  
tículos y servicios variados de información al público, sino -  
que se basa en la calidad y composición del producto. En cuanto  
al mercado geográfico, se declara también correcta la fijación  
del condado de San Bernardino, que abarca casi toda la comarca  
en que se difunden competitivamente el Times y el Sun. Se de-  
mostraba, incluso, que después de la adquisición de Sun, Times Mi-  
rror controlaba el 54,8% del mercado de semanarios, el 99,5% -  
del de diarios matutinos y el 64,3% de dominicales en el conda-  
do. Devueltos los autos por el Supremo, el Tribunal de Distrito  
ha condenado a Times Mirror Co. a deshacerse del capital de Sun  
Company en un plazo de trece meses de acuerdo con un programa de  
enajenación fijado por el Tribunal en su sentencia.

Fácilmente se aprecia que entrambas resoluciones se -  
inscriben en la línea jurisprudencia inaugurada, en cuanto a de-  
terminación geográfica del mercado, por los fallos Brown Shoe -  
y Philadelphia National Bank.

Uno de los casos recientes ha sido Estados Unidos con-  
tra la Standard Oil Company de Ohio (Sohio), acusada por el De-  
partamento de Justicia de violación del artículo séptimo al -  
pretender fusionarse con la British Petroleum Oil Corporation-  
(BP Oil), toda vez que las dos eran en 1968 vendedoras impor-  
tantes de gasolina (Sohio en el Estado de Ohio, donde ocupaba-  
el primer lugar, y BP en la zona Este de los Estados Unidos, -  
donde se implantara recientemente al comprar a una sociedad de

la zona, la Sinclair Oil Corporation, gran número de estaciones de servicio). Parece demostrado que la venta a BP se debió a que por la misma época Sinclair intentaba fusionar, y en efecto fusionó, con Atlantic Richfield Company, firma muy fuerte en la distribución de carburantes líquidos, y temía - incurrir en persecución de las agencias antitrust si no se desprendía antes de una parte sustancial de sus activos. El Departamento de Justicia juzgó que la BP era, en potencia, - competidora de Sohio, ya que, habiéndose sólidamente asentado en el litoral atlántico, era probable que penetrara tierra - adentro, en dirección de Ohio, y que, por lo tanto, su proyecto de fusión eliminara unas posibilidades sustanciales de competencia. Sin embargo, el mismo día de la demanda, se convino ante el Tribunal del Distrito Norte de Ohio un fallo por el - cual se autorizaba la fusión a condición de que Sohio vendiera cierto número de estaciones de servicio de su red en dicho Estado, o, si no podía venderlas, de que las permutara por estaciones de servicio en otros parajes del país con el mismo volumen de distribución anual.

Uno de los últimos asuntos entablados victoriosamente por el Departamento de Justicia, Estados Unidos contra Ciba Corporation, 70 Civ. 3.078 (Distrito Sur de Nueva York), ilustra una faceta sugestiva de la jurisprudencia, a saber, la posibilidad de que dos empresas rivales del país, filiales de - sendas firmas extranjeras, se vean presionadas por las autoridades antitrust, y eventualmente forzadas a ciertas operaciones, como consecuencia de la fusión de sus respectivas matrices. Efectivamente, habiendo fusionado dos colosos suizos de la industria química y farmacéutica, Ciba y Geigy, en 1970, inmediatamente el Departamento interpuso demanda judicial, alegando - que la fusión contravenía el artículo 7º de la Ley Clayton, en los sectores de productos colorantes, algunos específicos de -

farmacia y materias herbicidas. Se llegó, finalmente, a un acuerdo de consenso por el cual se autoriza la amalgama total de las filiales, a condición de que éstas vendan algunos de sus activos para que se restablezca la competencia amenazada por la integración.

En cuanto a concentraciones verticales, ha dictado recientemente (1970) el Tribunal de Apelación del Sexto Circuito una importante sentencia, (United States Steel Corp. versus F.T.C.) sobre el concepto de "sociedad desfalleciente". La poderosísima siderúrgica United States Steel Corp., productora además, de cemento portland en la zona neoyorquina, había comprado uno de sus principales clientes, la sociedad Certified Industries, fabricante de hormigón premezclado en la misma área. La Comisión Federal de Comercio (que se ha especializado en el ramo del cemento, entre otros) impugnó la operación, estimando que tendría probablemente efectos desfavorables sobre la competencia en dos mercados, el de cemento portland y el de hormigón premezclado, y el Tribunal de Apelación le ha dado de plano la razón. La demandada alegaba que la firma adquirida habría quebrado de no ser por la absorción consumada, y que, por lo tanto, la amalgama quedaba exenta en virtud de la sentencia del Supremo en el caso International Shoe en 1930. Por su parte, la Comisión argüía que, con arreglo a la ley, esta excepción no tiene carácter absoluto, sino simplemente relativo, y que si Certified prosiguiese sus actividades como empresa verticalmente integrada en el complejo de su absorbente se producirían unos efectos bastante más desfavorables para la competencia que si desaparecía del mercado por insolvencia. El Tribunal ha dedicado largos considerandos a la "failing company", especialmente a la luz de la sentencia, también citada, del Supremo en el asunto Citizen Publishing Co., señalando lo "estrecho" del campo de aplicación abierto en el momento actual" a esta figura

y precisando los tres requisitos indispensables para invocarla válidamente:

1) Debe estar probado que la situación financiera y los recursos de la firma absorbida se hallan tan comprometidos que "corra grave riesgo de ser declarada en quiebra".

2) No debe haber otro "comprador eventual" que la propia sociedad adquirente, y

3) Hace falta que cualquier otro medio posible de reorganización sólo ofrezca a la sociedad adquirida perspectivas "vagas o inexistentes" de volver a ser entidad competitiva viable.

Ahora bien, el Tribunal ha observado que la Comisión había tomado su acuerdo antes de dictar sentencia el Supremo en el caso Citizen Publishing, y que ni la sociedad encausada ni ella misma habían otorgado atención suficiente al tercer requisito, por lo cual ha dispuesto que se devuelvan los autos a la Comisión para que ésta conceda a United States Steel la oportunidad de demostrar que a Certified no le quedaban sino posibilidades "vagas o inexistentes" de evitar la quiebra.

Pasemos a examinar las amalgamas de naturaleza "conglomerada", de las cuales la más espectacular por su dimensión y, en especial, la más discutida por el fallo que ha provocado, es la adquisición de la sociedad Clorox por Procter & Gamble - (146)

En 1958 Procter & Gamble, primer fabricante federal de productos de limpieza para el hogar, compró la Clorox Chemical Company, que, a su vez, producía el cincuenta por ciento de la lejía vendida en los Estados Unidos, dentro de un mercado, por lo demás, netamente oligopolístico. Al parecer, el éxito de -

(146) Ver reseña de JOEL DAVIDOW, funcionario de la Comisión Federal y más tarde del Departamento, Conglomerate concentration and Section Seven: the limitations of the Antimerger

Act., en Columbia Law Review, vol. 69, págs. 1258 y sigs. (noviembre de 1968).

Clorox respondía en alto grado a técnicas publicitarias que popularizaron sus marcas. Procter era no sólo mucho mayor como empresa, sino también anunciante de considerable dimensión, y como tal disfrutaba de sustanciales descuentos por razón de espacio o cantidad en las cadenas de televisión, lo que aprovechó Clorox para aumentar en un dos por ciento aproximadamente su participación en las ventas nacionales de lejía, aparte de que sus costes unitarios de propaganda se redujeron gracias a esos descuentos. La Comisión Federal de Comercio juzgó ilegal la compra, por dos razones fundamentales: "la eliminación de la competencia potencial", es decir, ya que Procter se perfilaba precisamente como "el competidor potencial" (The potential entrant into the market), por afinidad técnica y por dimensión financiera; segunda y capital, la "transferencia de poder sobre el mercado" (transfer of market power) que incidía injustificadamente a favor de Clorox y en detrimento de sus competidores, toda vez que Procter, al incrementar el presupuesto de Clorox para publicidad con el ahorro de gastos derivado de los descuentos de referencia, se hallaba en situación de consolidar la ya asentada preferencia del consumidor y de dificultar, por lo tanto, la entrada de todo nuevo émulo en el mercado. En rigor, el segundo argumento contenía dos facetas, como se advierte: por una parte, las "ventajas de expansión" que se traspasaban gratuitamente a la adquirida; por otra, la "consolidación" (entrenchment) de la posición de ésta en el mercado no por méritos propios sino por la potencia del aliado.

El Tribunal de Apelación del Sexto Circuito desestimó (1966) la acusación, basándose en que no había pruebas de que la dirección de Procter tratase de entrar en el mercado de lejía, lo cual, dicho sea incidentalmente, no acababa de ser cierto, pues según una memoria de la firma, la única solu-

ción práctica consistía precisamente en comprar la casa Clo - rox. Igualmente dictaminó que los argumentos de la Comisión - en punto a supuestos beneficios de expansión y a refuerzo de - la posición de mercado sólo se basaban en "conjeturas engaño - sas", en simples sospechas. Por otra parte, no se sabía que - Procter hubiese incurrido en prácticas "rapaces" (predatory - practices) ni era probable que lo hiciera. Finalmente, era "muy difícil sustentar un fallo de ilegalidad en razón a descuentos en la publicidad".

Recurrió la Comisión al Supremo, que casó la senten - cia en todas sus partes y devolvió los autos con la orden de - que se adoptaran por PROCTER las medidas oportunas de enajena - ción(1967). La opinión mayoritaria dictaminó, respecto a com - petencia hipotética, que había sido suficiente demostrar "el - hecho de que Procter estaba empeñada en un vigoroso programa - de diversificación hacia ramos de producto (product lines) es - tréchamente relacionados a sus productos básicos". La lejía líqui - da era "una línea natural de diversificación", ya que "completa - ba" los productos de Procter, se vendía a los mismos consumi - dos a través de los mismos canales y se anunciaba y comerciali - zaba del mismo modo. Por otra parte, se comentaba en apoyo de la Comisión que "el número de entrantes potenciales no era lo bas - tante grande para que la eliminación de uno de ellos fuese in - significante" y que "pocas firmas tendrían la temeridad de de - safiar a empresa tan sólidamente establecida como Clorox". A - juicio de comentaristas que por razones de profesión vivieron el proceso (147), faltaban en rigor pruebas de que Procter hubiera - entrado con probabilidad en el sector de la lejía, y si el Su - premo apreció esa probabilidad lo hizo compelido, en cierto mo - do, por la evidente tendencia de Procter a expandirse buscando - (147) JOEL DAVIDOW, op.cit., pág. 1246.



renglones afines a su objeto básico, así como porque el memorandum sobre el proyecto de ingreso en el mercado de lejía no daba razón alguna para no entrar, salvo la fortaleza de Clorox.

El Supremo fue, en cambio, unánime en cuanto al aspecto de "transferencia de poder", estimando que "la sustitución de la firma menor, pero ya dominante, por la poderosa adquirente puede reducir sustancialmente la estructura competitiva de la industria elevando barreras al acceso del mercado y disuadiendo a las firmas más modestas de toda competencia agresiva".

Ahora bien, aun siendo categórico, el concepto precedente no es, ni remotamente, la proposición decisiva del caso - Procter&Gamble, cuya significación especial reside en el aserto de que ni siquiera las ventajas de racionalización económica resultantes de la fusión pueden servir de eximente. El Supremo reconocía, en efecto, que gracias a la operación se lograban economías estimables en los gastos publicitarios de Clorox, pero se anticipaba al mismo tiempo a toda posible crítica proclamando: "Las eventuales economías no pueden aducirse como defensa de una ilegalidad. El Congreso comprendía que algunas fusiones que merman la competencia pueden también abocar a economía pero inclinó la balanza hacia la protección de la competencia. Ver Brown Shoe v. United States....".

La sentencia Procter & Gamble ha sido una de las más debatidas y concretamente una de las más acerbamente impugnada por los medios industriales y financieros. Sirva de muestra el apasionado artículo del ya citado ROBERT H. BORK ("The Supreme Court versus corporate efficiency"), en la revista FORTUNE (agosto de 1967), donde se dice que "el Tribunal Supremo ha estado a punto de declarar, contrariamente a lo que nos enseñan la reflexión y el sentido común, que una mejora en la eficiencia de una corporación es algo malo que va contra el interés

público". Después de acusar a los directivos y abogados de la encartada de no haber sabido defenderse con resolución, el artículo esboza el panorama sombrío que se cierne sobre las concentraciones mixtas y sentencia: "El (derecho) anti-trust<sup>es</sup> una subcategoría de la ideología, y la mayoría del Tribunal Supremo actual se debate en las garras de una ideología económica y social que la induce a preferir la protección de los ineficaces al vigor competitivo". El resultado es, según BORK, que los tribunales emiten juicios políticos que únicamente competen al Congreso.

En honor a la verdad, la sentencia del Supremo no ha concretado los criterios de ilegalidad de las concentraciones "conglomerados". El prestigioso Juez HARLAN, que participó en el fallo unánime (siete votos) de condena, dijo que el pronunciamiento "deja a la Comisión, a los abogados y hombres de negocio sin orientación sobre lo que se espera de ellos en casos futuros de este tipo". Menos categórico, pero más incisivo y destructor, por su sarcasmo, ha sido el juicio de J. DAVIDOW (op.cit. pág. 1.260): "Cuando al cabo de diez años de litigios acompañados por esporádicas cortinas de críticas académicas, económicas y de los medios de negocios, empezó a disiparse el humo, se pudo discernir la forma nada agradable de un modesto principio legal: En lo sucesivo ninguna firma gigante se sentiría libre, en una industria estrechamente relacionada con la suya, para adquirir una compañía dominante y cuasi-monopolística en un sector poblado, relativamente hablando, por pigmeos, especialmente si era previsible que la fusión creaba ventajas de expansión o de mercadeo (marketing)".

Sin perjuicio de reconocer el fundamento de las críticas, no sería justo callar que el Supremo y la Comisión han atinado en algo medular: con arreglo a la filosofía de libre competencia, no hay que admitir que una firma que domina sin

disputa su sector y que goza de situación próspera por sus propios medios, sea absorbida o controlada por una compañía gigante, menos aún si se trata de un posible competidor en el futuro, simplemente porque la operación redunde en ciertos beneficios incidentales para la primera. En semejantes casos la competencia es suprema lex, y por eso aplaudimos una sentencia de la que cabría decir lo que Felipe II del Alcalde de Zalamea: "No importa errar lo menos, si acertó lo principal".

Fulminantes fueron las repercusiones, pues enseguida los diversos niveles de la jurisdicción federal confirmaron autos desposesorios contra grandes sociedades que habían adquirido compañías de ramos conexos. El caso más importantes ha sido seguramente la General Foods Corporation, una de las mayores fabricantes y distribuidores nacionales de alimentos envasados, la cual adquirió en 1957 todo el capital accionario de S.O.S., una de las dos compañías que dominaban el mercado de almohadillas de hebra de acero para limpieza doméstica, siendo la otra Brillo Co. Siete años después (1964), la Comisión Federal de Comercio decretó que la adquisición violaba la Ley Clayton y ordenó a General Foods que vendiese los títulos adquiridos, basándose en la gran analogía con el asunto Procter: dimensión avasalladora de la adquirente, variedad de marcas comercializadas bajo su nombre, intensa actividad publicitaria. A mayor abundamiento, General Foods había lanzado a raíz de la compra una campaña de propaganda que consiguió elevar hasta el sesenta por ciento la participación de S.O.S. en las ventas, mientras que fué decreciendo la presencia proporcional de Brillo hasta 1963, fecha en que fue adquirida por una sociedad mayor, la ya citada Purex Corporation. La Comisión retuvo también que la operación alzaba barreras "virtualmente insuperables" a la entrada de nuevos competidores, en razón de los cuantiosos recursos de la adquirente.

Recurrió la encartada en 1967 ante el Tribunal de -  
Apelación del Tercer Circuito (C. DAVIDOW, op.cit., págs. 1260  
1261), que confirmó el auto desposesorio y apeló aquélla al -  
Supremo, el cual denegó el certiorari. El Tribunal juzgó que-  
la Comisión había caracterizado correctamente el caso como al-  
go más que puro "conglomerado", al calificarlo de "fusión an-  
pliatoria de la gama producida" (product extension merger), to-  
da vez que la operación iba a "hacer posible una integración -  
importante en las actividades de producción, distribución o -  
mercadeo de las firmas que se concentran". El Tribunal advertía  
que interpretaba la sentencia del Supremo en el litigio Procter-  
Clorox, como prohibitiva "per se" de todos los product extension -  
mergers, y declaraba que la confirmación de lo decretado por-  
la Comisión obedecía: primero, a que General Foods tenía la po-  
sibilidad de anunciar y promover los artículos de S.O.S. a me-  
nor coste del que la segunda había podido hacerlo antes de la -  
operación; segundo, a que S.O.S. podía inducir a sus clientes-  
en potencia, y así lo hizo, a comprar sus alnohadillas o pásti-  
llas de jabón, ofreciéndoles descuentos si al mismo tiempo acre-  
ditaban comprar a varios departamentos de la General Foods, y-  
tercero, que probablemente S.O.S. conseguiría condiciones favo-  
rables de espacio en las tiendas que vendieran cantidades consi-  
derables de artículos de General Foods.

Otro motivo de impugnación de concentraciones "conglo-  
meradas" por la Comisión ha sido que la compañía adquirida por  
otra más poderosa puede permitirse el lujo de vender por bajo -  
del precio de coste, arruinando así a sus competidores, y de re-  
currir a las reservas de la adquirente cuando lo necesita (como  
ya en 1947 advertía el informe de la propia Comisión sobre in-  
tegraciones societarias). El caso más representativo ha sido el  
de Reynolds Metals (DAVIDOW, op.cit., págs. 1255-1256) planteado  
al adquirir en 1962 la compañía de este nombre rimera roduc-

tora mundial de papel de aluminio, una modesta firma, Arrow Brands Inc., que representaba el treinta por ciento de las ventas de una especialidad del artículo, empleada en florerías y atendida por empresas muy pequeñas. Había pruebas de que después de la operación, Arrow bajó los precios a un nivel que no podían afrontar sus competidores, a costa de los cuales incrementó sus ventas en un diecinueve por ciento. Para la Comisión se trataba de una clara ruptura del artículo septimo y así opinó también el Tribunal de Apelación. La Comisión juzgó que "Arrow... se convirtió en factor dominante de una pequeña, pero importante industria"... El Tribunal de Apelación fue todavía más explícito y descriptivo: "El poder del "bolsillo profundo (deep pocket) o del "padre rico" (rich parent) en favor de uno de los fabricantes de papel de aluminio para floristas en un grupo competitivo donde anteriormente ninguna de las compañías era muy grande y todas relativamente pequeñas, abrió la posibilidad y el poder de vender a precios cercanos o inferiores al coste, y de zapar y destruir a los competidores menos acomodados".

La teoría del "bolsillo profundo" o del "padre rico" ha sido criticada por más de un comentarista con el argumento de que apenas es probable que una gran compañía compradora de otra pequeña se dedique a "debeler el mercado por los precios" (predatory pricing), por tres razones: primera, aunque adquisiciones de esa naturaleza abundan, son muy raros los ejemplos demostrados de prácticas de precios abusivamente bajos; segundo, ya en virtud de los artículos segundo, apartado a), y tercero de la Ley Robinson-Patman de 1936: (que precisamente modificó el texto Clayton en materia de precios discriminatorios), es ilegal la fijación de precios por bajo del coste con el designio de apoderarse del mercado, y el autor de la práctica

puede ser condenado a pagar el triple por daños y perjuicios - y perseguido crininalmente, y tercera, muy pocas son las situa - ciones en que verdaderamente tiene perspectivas de rentabili - dad semejante conducta. Las pérdidas sufridas sólo se recuperan si se logra efectivamente el abandono del mercado por los riva - les y si las dificultades de ingreso son suficientemente altas. Ahora bien, como agudamente advierte DAVIDOW (op.cit., págs. - 1256-1257, el poder más efectivo es precisamente el que nunca - necesita ser ejercido, es decir, que cuando una firma despro - porcionadamente grande entra por vía de compra societaria en un mercado de pigueos, se podrá impugnar la operación alegando que va a "congelar" la competencia de precios, pues ninguna de las pequeñas firmas se atrevería a una guerra de precios con una - empresa (la adquirente), capaz por su envergadura financiera - de subvencionar largo tiempo las eventuales pérdidas de la ad - quirida.

Los últimos años registran novedades espectaculares. - En efecto, tanto la Comisión Federal como el Departamento de - Justicia impugnan fusiones de empresas cuyas producciones ni - siquiera guardan relación técnica o funcional, y que, por lo - tanto, son las que con mayor propiedad merecen el adjetivo de - "conglomeradas". Se ha alcanzado, pues, una etapa más, teórica - mente la más avanzada, en la jurisprudencia antitrust: el ata - que a las estructuras gigantes por el simple hecho de su pode - río económico, so pretexto de restricción de la competencia po - tencial en uno o varios de los numerosos sectores en que ope - ran. Esta política es resultado de la creciente inquietud de - la Administración ante el crecimiento desaforado a partir de - 1960 de ese tipo de corporaciones, fenómeno que indujo al pre - sidente JOHNSON, en 1968, a solicitar de la Comisión Federal - un informe especial sobre fusiones "conglomeradas".

Quizá el caso más ilustrativo haya sido el expediente Ling-Tenco-Vought (LTV) (148). LTV, de Dallas, que dirigida por JAMES LING, mezcla original de arbitrista bursátil y capitán de industria, es el más famoso de los "conglomerados" de Norteamérica, con ventas anuales de cerca de tres mil quinientos millones de dólares, que abarcan material eléctrico, bombarderos de reacción, alquiler de automóviles, transportes aéreos y...hamburguesas, adquirió en 1968 la sexta empresa siderúrgica del país, Jones & Laughlin Steel Corporation, (J&L), - previa oferta pública de compra de sus acciones, al precio de cuatrocientos veinticinco millones de \$, la mayor operación de esta clase en la historia de los Estados Unidos (desde 1961, - había adquirido 33 compañías). A fines de marzo de 1969, RICHARD MCLAREN, nuevo Jefe de la División Antitrust, entabló demanda para que LTV renunciara a su nuevo trofeo, aduciendo que la adquirente competía virtualmente en varios ramos donde la adquirida operaba de modo sustancial y que J&L era en potencia un rival en algunos sectores donde ya actuaba la primera, aún de que entrantas empresas podrían especular en renglones donde ninguna de ellas operaba aún. Después de actuaciones inusitadamente apremiantes, se ha llegado a una sentencia negociada (consent judgment), en virtud de la cual se autoriza al comprador a conservar J&L, pero se le obliga, en compensación, a vender su participación mayoritaria en las líneas aéreas Braniff Airways y en la fabricante de cables de cobre Okonite Company, y se le prohíbe, además, que adquiera durante diez años participación alguna en sociedades con activos de más de cien millones de dólares sin previo consentimiento del Gobierno o autorización del tribunal. Se veda, por fin, toda práctica de "reciprocidad" entre LTV y J&L.

(148) Ver informe de E.E. UU. al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE (1970)

Una de las últimas decisiones de la magistratura federal supone un jalón más en la jurisprudencia prohibitiva de los "conglomerados" susceptibles de cristalizar en relaciones de compra recíproca. Efectivamente, el Tribunal del Distrito Norte de Ohio ha dictado a favor del Departamento de Justicia en la demanda interpuesta por éste contra White Consolidated Industries Inc., que proyectaba fusionar con White Motor Corporation, un "auto interlocutorio" por el que se suspende la operación, según pedía el Gobierno, en tanto se instruye la causa. En los considerandos han estimado los magistrados que, siendo entrambas compañías grandes fabricantes de material no eléctrico de todo tipo, la operación impediría a los competidores de White Consolidated vender sus productos a la empresa que resultara de la amalgama y crearía además una situación favorable a operaciones de reciprocidad: "Concretamente, las compras de acero hechas conjuntamente por White Consolidated y White Motor ayudarán a Blaw-Knox (importante empresa perteneciente a uno de entrambos grupos) a vender sus instalaciones de laminados a las acerías". En otras palabras, de consumarse la fusión habría peligro de reciprocidad de compras entre, por una parte, el complejo resultante y sus filiales y, por otra, las diversas compañías siderúrgicas del país.

Como consecuencia del auto, los protagonistas han anunciado que renunciaba a su idea. Por lo demás es lástima que habiendo el Gobierno planteado expresamente en la demanda la cuestión general de la "concentración de poder económico" derivada de la tendencia fusionista de los mayores "conglomerados", el Tribunal se haya abstenido deliberadamente, no sin cierta razón desde el punto de vista procesal, de opinar "en un campo tan nuevo y aún inexplorado", señalando que "sería preferible abordar el problema... en un proceso sobre el fondo".



Otra reciente sentencia coincide en parte con la actividad del Tribunal de Ohio. El Departamento de Justicia había impugnado la adquisición por la colosal ITT de Grinnell Corporation, una de las primeras fabricantes de instalaciones y sistemas de protección contra el fuego y de canalizaciones, considerándola contraria al artíc. 7º por dos conceptos, el de peligro de relaciones recíprocas con Hartford Fire Insurance, importante aseguradora de incendios y filial de la propia ITT, y el de aplicabilidad del art. 7º a toda concentración económica desde el ángulo de la economía nacional en su conjunto. El Tribunal del Distrito ha examinado cuidadosamente el primer punto, para concluir que no se daba riesgo de reciprocidad en términos restrictivos de la competencia, y ha rechazado de plano el segundo fundamento. El Departamento ha interpuesto inmediatamente recurso de certiorari, que se halla pendiente. También, por cierto, se encuentran pendientes de pronunciamiento final las compras por la misma ITT de la citada Hartford y de Canteen Corporation.

-d) Las "reglas orientadoras" (guidelines) de las agencias federales.

La inquietud suscitada en los medios industriales en estos últimos años por la aumentativa campaña antifusionista ha inducido al Departamento y a la Comisión a publicar indicaciones sobre las amalgamas que, en principio, se consideran ilícitas. Así, el 30 de mayo de 1968 el Departamento dió a conocer unas "guidelines" que, según el Fiscal General, respondían al deseo de "familiarizar al mundo de los negocios, a los profesionales de la abogacía y a otros grupos e individuos interesados con los criterios normalmente en apli- . . . . .

cación por el Departamento para determinar si procede impugnar adquisiciones societarias y fusiones con arreglo al artículo séptimo de la Ley Clayton", con la salvedad de que pueden ser modificadas sin necesidad de preaviso. En principio, la actividad del Departamento tendía a centrarse en fusiones susceptibles de alterar la estructura del mercado "por medios que probablemente estimulen o permitan ahora o en el futuro una conducta no competitiva". Ahora bien, en circunstancias "excepcionales" no se concederá rango de consideración decisiva a los factores estructurales por sí solos, sino que se basará el Departamento en apreciaciones más complejas y extensas, por ejemplo, las transformaciones tecnológicas susceptibles de crear nuevas industrias o de transformar antiguas.

El Departamento ha planteado una división tripartita que responde al esquema convencional: fusiones horizontales, fusiones verticales y fusiones "conglomeradas", y, dentro de cada una, diversas subdivisiones. En materia de integraciones entre firmas directamente competidoras (o sea, operaciones horizontales), formula los siguientes objetivos: a) impedir la eliminación como competidor independiente de toda compañía que pueda tener influencia competitiva considerable; b) evitar que una compañía o número reducido de compañías obtengan posición de dominio en el mercado; c) frustrar todo aumento notable de la concentración; d) preservar posibilidades apreciables para una eventual descongestión en un mercado concentrado. En la consecución de estos fines, el Departamento declara conceder "significación primordial" a la participación de adquirente y adquirida en el mercado, estableciendo una correlación positiva entre proporción de ventas y grado de influencia competitiva. Por consiguiente, los criterios más aplicados por el Departamento se pueden exponer en términos de dimensión relativa

de las empresas fusionantes, a tenor de tres hipótesis: mercados altamente concentrados, mercados menos concentrados y mercados con tendencia a la concentración. El Departamento entiende por mercado muy concentrado aquél en que las cuatro empresas mayores dominan aproximadamente el setenta y cinco por ciento más de las ventas totales, supuesto en el cual impugnará normalmente el Departamento las operaciones entre firmas que representen los siguientes porcentajes:

<u>Adquirente</u>	<u>Adquirida</u>
4%	4% o más
10%	2% o más
15%	1% o más

En mercados menos altamente concentrados, entendiendo por tales aquellos donde las cuatro mayores firmas suponen menos del setenta y cinco por ciento, el Departamento impugnará ordinariamente las operaciones cuyos protagonistas participen en las siguientes proporciones de ventas totales:

<u>Adquirente</u>	<u>Adquirida</u>
5%	5% o más
10%	4% o más
15%	3% o más
20%	2% o más
25% o más	1% o más

Por fin, el Departamento intervendrá, en general, en los mercados que apunten una tendencia acusada a la concentración, concretamente en aquellos donde la participación total - de cualquier grupo o combinación formada por las mayores firmas desde las dos primeras hasta la octava, haya aumentado aproximadamente en un siete por ciento en el lustro o los dos lustros precedentes (quitando los años en que ocurran fluctuaciones anuales en los porcentajes de participación) a toda operación fusionista cuyo objeto sea la compra o absorción por una de esas firmas principales de una empresa que suponga el dos por ciento por lo menos, de las ventas.

En cuanto a los criterios distintos del de la proporción de las ventas (non market share standards), el Departamento impugna ocasionalmente operaciones que caen en cualquiera de los dos supuestos siguientes: a) adquisición de un competidor especialmente "perturbador", "alterador" o muy influyente por otro concepto en el clima de competencia; o b) fusión que afecte a una firma sustancial y a otra que a despecho de una participación insignificante en el mercado, posea un raro potencial de competencia o activos que confieran una ventaja competitiva poco común (por ejemplo, una patente nueva, etc.)

Se dedica un párrafo a la hipótesis de la "compañía desfalleciente" (failing company), cuya fusión o absorción queda exenta de ataque, pero con una serie de requisitos muy restrictivos: a) los recursos de la firma deben hallarse exhaustos y ser tan remotas sus perspectivas de recuperación que sea muy probable la quiebra, y b) que la firma haya hecho sin éxito esfuerzos de buena fe por lograr una oferta razonable de adquisición más compatible con el artículo séptimo por parte de una tercera empresa que se proponga ayudarla a mantenerse en el mercado.

En punto a concentraciones verticales estima el Departamento que cabe esperar resultados de signo anti-competitivo, siempre que una adquisición tienda sustancialmente a poner obstáculos a la entrada en cualquiera de los mercados, el de la proveedora y el de la cliente, o a colocar en desventaja a las firmas "no integradas" o "parcialmente integradas" - (149) que operen en uno de los dos sectores, sin que esa des-

(149) Por firma "no integrada" entiende el Departamento la empresa que no produce por sí misma los artículos que sirven de factor o medio de obtención del producto principal; así, como ejemplo que proponemos nosotros, una siderúrgica que no posea minas de hierro ni de carbón.

ventaja responde intrínsecamente a inferioridad empresarial. En este punto es preciso considerar tanto el mercado donde vende la proveedora como el del artículo que fabrica la firma cliente. En cuanto al primero, el Departamento se fija en tres datos: proporción de las ventas controladas por la firma proveedora; proporción de las compras que representa la firma cliente, y condiciones de acceso al mercado de la última. En consecuencia, el Departamento impugnará toda fusión o serie de fusiones entre una firma proveedora que suponga el diez por ciento o más de las ventas totales, y una o más firmas compradoras que en total representen el seis por ciento o más de las compras totales, a menos que claramente se aprecie inexistencia de barreras significativas en el acceso al negocio o ramo de la firma cliente. Por lo que se refiere al mercado en que actúa como vendedora la cliente, en principio el Departamento aplica también los criterios anteriores; por lo tanto, se estima que normalmente se dan o hay peligro de que se den resultados desfavorables cuando la fusión afecte a firmas proveedoras con participaciones de más del diez por ciento en su propio mercado. Quedan, sin embargo, algunas situaciones importantes en que fusiones verticales no sujetas a impugnación con arreglo a las normas citadas (casi siempre por representar la firma cliente menos del seis por ciento de las compras globales del producto), serán, de todas formas, impugnadas por implicar obstáculos en el acceso al mercado de la firma cliente, o colocan en desventaja a los competidores de ésta, o bien confieren a la cliente ventaja muy importante en régimen de suministros sobre sus rivales efectivos o posibles, no integrados o parcialmente integrados. El Departamento arguye así: si el producto vendido por la firma cliente y sus rivales es un artículo complejo que ha experimentado cambios innovadores por parte de los diversos oferentes, una materia prima escasa u -

otro producto cuya oferta no pueda expandirse rápidamente para hacer frente a un aumento de demanda, la firma que se fusione obtendrá lógicamente la facultad de utilizar toda superioridad temporal de ese artículo o una coyuntura de escasez del mismo para rebajar a los rivales de la empresa cliente a situación de inferioridad, negándose a venderles el artículo (supply squeeze) o vendiéndoselo a un precio alto que comprima el margen de beneficio (price squeeze). En consecuencia, el Departamento anuncia que impugnará, en principio, cualquier concentración o serie de concentraciones entre una firma proveedora que suponga el 20% o más de las ventas en su propio ramo y toda compradora que contribuya con más del diez por ciento a las ventas de su propio sector.

También en las integraciones verticales rige con carácter excepcional la posibilidad de utilizar módulos no proporcionales. Los ejemplos más frecuentes son las adquisiciones de proveedores o clientes por firmas principales en todo sector allí donde se haya dado o se esté desarrollando una tendencia notable a la concentración vertical susceptible, <sup>/si</sup> no se la reprime, de alzar obstáculos al acceso en el mercado o imponer desventaja a las firmas no integradas o integradas sólo en parte, y donde no sea manifiesto que la adquisición producirá economías apreciables de producción o de distribución que no tenga relación con las de orden publicitario o de expansión. Igualmente se aplica a la integración vertical la regla de la "compañía desfalleciente" antes reflejada.

En materia de fusiones "conglomeradas", se tratan expresamente como categoría unitaria las dos variedades de la figura, a saber, el "conglomerado" en sentido estricto, aglutinamiento de firmas pertenecientes a diversos sectores de producción (product extensión merger), y el "conglomerado" en sentido lato, representado por el ayuntamiento de empresas que

- 200 -

venden el mismo producto en mercados ~~geográficamente~~ inconuni-  
cados (market extension merger). Actualmente, dos supuestos se  
conceptúan como merecedores de sanción: primero, las operacion  
es que afecten a firmas que podrían entrar (potential entran  
en el mercado y segundo, las operaciones que determinan pelig-  
gro de compra recíproca.

En punto a operaciones que afecten a oferentes en -  
potencia, se impugnará (párrafo 18) toda fusión en que cual -  
quiera de las partes sea una de las firmas que más probabilid  
dad tendrían de entrar algún día en el mercado, y la otra:

a) una firma con el veinticinco por ciento o más del-  
mercado;

b) una de las dos mayores en un mercado en que la par-  
ticipación total de las dos primeras empresas sumen el cin -  
cuenta por ciento o más de las ventas globales;

c) una de las cuatro mayores firmas en un mercado en -  
que el porcentaje de las ocho primeras ascienda al setenta -  
y cinco por ciento o más, con tal que la participación de mer-  
cado de la protagonista suponga el diez por ciento o más; o

d) una de las ocho mayores firmas en un mercado en que-  
la participación de éstas sume el setenta y cinco por ciento-  
o más, con tal que: 1) la participación de la protagonista no  
sea insignificante y no haya más de uno o dos posibles entran  
tes en el mercado, -o 2) la firma en cuestión esté creciendo -  
rápidamente.

En cuanto a operaciones que prefiguren peligro de -  
compras recíprocas (párrafo 19), se considera que existe -  
riesgo cuando aproximadamente el quince por ciento o más de-  
las compras totales en un mercado donde vende una de las em-  
presas fusionantes ("la firma vendedora") corran a cargo de -

empresas que también sirvan a sectores donde la otra fusionante ("la firma compradora") sea a la vez adquirente sustancial y cliente más sustancial aún que todos o la mayor parte de los competidores de la firma vendedora. También perseguirá el Departamento: a) toda fusión emprendida para facilitar la creación de lazos de reciprocidad y b) cualquier fusión que origine esa posibilidad, si una de las empresas implicadas o las dos se han dedicado en el pasado reciente a prácticas de reciprocidad o si lo ha hecho la firma "fusionada", o han intentado directa o indirectamente inducir a las firmas con quienes traten a realizar compras recíprocas, en los mercados donde se haya creado la posibilidad de hacerlo.

Además, se anuncia (párrafo 20) que será "investigada" la posibilidad de consecuencias anti-competitivas, siempre que la adquisición de una firma preponderante en un mercado relativamente concentrado o en trance de concentración rápida pueda redundar en la consolidación o aumento de poder de esa firma o erigir barreras al acceso en ese mercado. Se citan como ejemplos: a) la fusión que produzca muy gran disparidad en tamaño absoluto entre la firma "fusionada" y las mayores firmas que subsistan en el ramo; b) la fusión de firmas productoras de productos relacionados en cuanto pueda inducir a los compradores a comprar los productos de la empresa fusionada en lugar de los de sus rivales, y c) la fusión susceptible de incrementar la capacidad de la empresa fusionada para aumentar la diferenciación de productos en su sector.

También se aplican a las fusiones heterogéneas los patrones especificados en cuestión de compañías desfallecientes, salvo que en casos marginales donde se den los supuestos del párrafo 18, apartado c) o del apartado d), el Departamento juzgue improcedente entablar demanda (aun cuando la firma "adquirida" no sea "desfalleciente" en sentido estricto).



Finalmente, tanto a propósito de las concentraciones horizontales (párrafo 10), como de las verticales (párrafo 16) y las heterogéneas (párrafo 19, apartado c), el Departamento declara rotundamente que "salvo circunstancias excepcionales", no aceptará como justificación de operaciones normalmente sujetas a impugnación el argumento de que gracias a ellas se lograrán "economías", es decir, mejoras de eficacia, ya que normalmente las empresas que en verdad pueden conseguir esas mejoras mediante fusión son de tal tipo y tamaño que en principio están exentas de todo reparo y que en los supuestos en que una firma goza de la posibilidad de hacer economías sustanciales, éstas pueden normalmente lograrse mediante expansión interna, aparte de que hay casi siempre graves dificultades en graduar las economías realizables mediante concentración.

Por su parte, la Comisión Federal de Comercio no ha publicado reglas de alcance general, sino sólo cuatro guías de índole sectorial en sendos folletos: fusiones verticales en la industria cementera (3 de enero de 1967), fusiones en general en las industrias de distribución de productos alimenticios (misma fecha), concentraciones por expansión de gama de producción (es decir las llamadas "product extension mergers") en la fabricación de productos alimenticios y ultramarinos en general, y por último, fusiones de la industria textil (22 de noviembre de 1968), las cuatro como consecuencia de estudios sobre el aumentativo proceso concentrador de estos mismos sectores en los últimos años.

En el ramo cementero, la Comisión anunció su propósito de proceder contra las adquisiciones verticales atentatorias a la competencia en cualquier mercado, y en concreto el de investigar toda futura adquisición de cualquier firma fabricante de hormigón de mezcla en origen por un productor de

cemento en mercados donde la adquirente sea oferente efectivo o en potencia. En segundo lugar, se considera perseguible la adquisición por firmas cementeras de cualquier fabricante de hormigón de mezcla en origen que figura entre los cuatro mayores productores no integrados, o la adquisición de cualquier fabricante que compre anualmente cincuenta mil barriles por lo menos, o de otra empresa consumidora de igual cantidad de producto. Ahora bien, la Comisión advierte que no por eso quedan automáticamente exentas las fusiones de firmas menores. Concretamente la adquisición de varios productores de hormigón mezclado en origen cuyas compras acumuladas de cemento equivalgan anualmente a las de un fabricante de la dimensión especificada o la compra de un consumidor de cemento que confiera al productor ya presente en el sector hornigero (es decir, "integrado hacia adelante") una posición sustancial de la dimensión citada, se considera operación de efectos posiblemente tan perjudiciales como la adquisición de una sola gran firma. Asimismo declara su propósito de no eximir las operaciones que se produzcan en mercados muy concentrados ya que no por eso dejan de ser atractivos a efectos de integración vertical, para los cementeros deseosos de repartir sus ventas en múltiples colocaciones o de incrementar el ámbito geográfico de sus mercados. También se expresa la intención de impugnar, por ser medios peligrosos de integración, las adquisiciones de fábricas importantes de áridos, siempre que haya razón para creer que esas compras pueden conferir al cementero adquirente capacidad notable de presión en los consumidores de su producto, y menguar sus posibilidades de libre elección de proveedor.

Finalmente, y éste es un punto jurídicamente delicado y discutible hasta el punto de que dos de los Comisarios han disentido, las reglas obligan a todas las compañías pro -

ductoras de cemento portland a notificar a la Comisión con sesenta días, por lo menos, de antelación toda compra o fusión que afecte a un productor de hormigón mezclado en origen.

En materia de minoristas y mayoristas del ramo de alimentación y ultramarinos, se considera fundamentalmente el aspecto horizontal, y las normas son:

Primera.- "Atención" y "consideración" a las fusiones y adquisiciones por cadenas minoristas resultantes de ventas anuales globales de más de quinientos millones de dólares.

Segunda.- Otroá a las fusiones y adquisiciones por grupos voluntarios y cooperativos de minoristas que originen un volumen de ventas comparable al de las cadenas de alimentación con más de quinientos millones al año.

Ahora bien, de aquí no se deduce, según advierte la Comisión, que todas las fusiones hechas por compañías que sumen en conjunto menos de quinientos millones de ventas carezca previsiblemente de influencia perniciosa en la competencia. La realidad es que hay amenaza para la tensión competitiva cada vez que determinadas compañías con papel de líderes en zonas metropolitanas importantes se unen con rivales directos que sean también figuras preponderantes en el mismo mercado. Del mismo modo, las fusiones de expansión geográfica (market extension mergers) pueden suponer amenaza a la competencia, especialmente cuando se desencadena una serie de operaciones con visos de crear un nuevo gigante, si bien la experiencia de la Comisión revela que las concentraciones de esta naturaleza individualizadas por compañías con ventas anuales conjuntas de menos de quinientos millones no suelen atentar peligrosamente a la competencia.

Por lo tanto, la Comisión adopta la norma:

Tercera.- Se investigarán las integraciones y adquisiciones por cadenas de alimentación o mayoristas que aboquen a ventas globales de cien a quinientos millones de dólares al año.

Ahora bien, la Comisión sienta asimismo algunos criterios de exención de impugnabilidad a tenor del artículo séptimo. Concretamente puntualiza que no quedarán sometidas a investigación:

- 1.- Las fusiones o adquisiciones de no más de cuatro tiendas alimentarias o de ultramarinos;
- 2.- Las fusiones o adquisiciones de tiendas alimentarias o de ultramarinos, o de establecimientos alimentarios mayoristas - que representen ventas anuales no superiores a cinco millones de dólares; y
- 3.- Las fusiones y adquisiciones de tiendas de alimentación o ultramarinos o de establecimientos alimentarios al por mayor - que representen ventas globales de no más del cinco por ciento de las ventas totales hechas por tiendas de esta clase en cualquier ciudad o condado.

Para la ejecución del programa de referencia, las reglas obligan a todo minorista o mayorista alimentario con ventas superiores a cien millones de dólares a notificar a la Comisión con sesenta días, por lo menos, de adelanto, la consumación de toda fusión, compra o adquisición de otro minorista o mayorista.

En el sector de la producción de artículos alimenticios y de ultramarinos, la Comisión se ha centrado, como dijimos, en una categoría especial de operaciones: las concentraciones que impliquen la añadidura de nuevos renglones o artículos, la expansión de la gama de elaborados. Los supuestos son cuatro:

Primero. Operaciones en que tanto la compañía adquirida como la adquirente se dedican a la fabricación de los productos de referencia.

Segundo. Las operaciones que prefiguren una compañía con activos de más de doscientos cincuenta millones de dólares.

- 292 -

Tercero.— La sociedad adquirente realiza intensos esfuerzos de promoción, vende productos de consumo altamente diferenciados, y fabrica cierto número de productos en algunos de los cuales detenta una fuerte posición de mercado, definiéndose esta noción por el hecho de ser uno de los cuatro mayores productores de un artículo en que las cuatro compañías principales posean el cuarenta por ciento o más del valor total de los envíos (shipments).

Cuarto.— La compañía adquirida está entre las ocho mayores productoras de un producto importante del ramo o tiene más del cincuenta por ciento de un mercado definido.

Aunque la cuadruplicidad se refiere específicamente a las fusiones entre fabricantes de productos alimenticios y de ultramarinos, la Comisión encomienda a sus funcionarios que apliquen los mismos criterios generales a las fusiones en que

- 1) fabricantes del ramo adquieran empresas manufactureras que, siendo del sector, vendan artículos que se entregan ya elaborados al consumidor que utilice el mismo sistema de anuncios y promoción de ventas; y
- 2) fabricantes de artículos distintos de los alimenticios y ultramarinos vendedores de productos de consumo con mucha publicidad y gran expansión y adquieran casas productoras de ultramarinos y alimenticios.

Finalmente, en el sector textil han sido también cuatro las reglas elaboradas, con la reserva, igual que en las anteriores, de que no se trata de instituir un trámite de visado previo por la Comisión, y de que ésta continuará suministrando dictámenes consultivos sobre operaciones concretas a cuantos hombres de negocios los pidan. Se considera necesario examinar con detalle cualesquiera fusiones:

- 1.— Entre firmas textiles cuyas ventas o activos conjuntos excedan de trescientos millones de dólares y en que las ventas o activos de la firma menor pasen a diez millones.

2.-Las operaciones horizontales en todo submercado textil - donde: a) las dos firmas sumadas figuren entre las cuatro mayores, o b) tengan una participación conjunta en el mercado - del cinco por ciento o más de cualquier submercado donde las cuatro mayores empresas supongan el treinta y cinco por ciento o más del mercado.

3.- Toda fusión vertical, ora hacia atrás con una firma proveedora, ora hacia adelante con una firma consumidora, en que una adquisición determinada o serie de adquisiciones pueda - afectar a participaciones de mercado del diez por ciento o - más o donde la compra o serie de compras sea susceptible de - elevar barreras a la entrada en uno de los dos mercados o de - empujar a posición de inferioridad a las firmas existentes no integradas o parcialmente integradas en uno de esos dos mercados privándolas del justo acceso a fuentes de suministros o a - mercados de salida.

4.- La adquisición de una firma textil cuyas ventas o activos igualen o superen los cien millones de dólares y que figure - entre los cuatro mayores fabricantes, por otra firma no tex - til con ventas o activos de más de doscientos cincuenta millo - nes y posición sustancial en su sector, entendiéndose por esto el hecho de figurar la adquirente entre las cuatro primeras de un sector donde este grupo de cabeza represente el cuarenta - por ciento o más de las ventas globales.

A simple vista se aprecian diferencias notables entre los módulos del Departamento y los de la Comisión: abarcan aquéllos los tres tipos de concentración, éstos sólo las horizontales o únicamente las verticales y, si acaso, determinados tipos de conglomerados; aquéllos - y esto es más signi - ficativo- emplean módulos porcentuales, nunca cifras absolutas, mientras que los de la Comisión utilizan predominante - mente cifras absolutas en millones de \$ en ventas al año y - sólo accesorianamente porcentajes de mercado, lo que se expli-

ca por el hecho de que al referirse el Departamento in genere a cualesquiera sectores no podía citar volúmenes de ventas anuales, mientras que la Comisión trata de ramos industriales minuciosamente analizados. Otro matiz es que la Comisión habla a menudo indistintamente de "ventas o activos", mientras que el Departamento se refiere únicamente a las ventas.

Evidentemente sería prematuro aventurar un juicio sobre la eficacia del sistema de "reglas orientadoras"; haría falta, por lo menos, un quinquenio, en términos de medidas convencionales, para conocer, por una parte, hasta qué punto las agencias federales han cumplido su propio programa, y por otra la reacción del mundo empresarial ante las normas anunciadas.

Cabe, sí, desde ahora, señalar que las guidelines han contribuido no poco a neutralizar uno de los grandes argumentos contra las leyes antitrust, a saber, su excesiva generalidad, que suscita zozobra e incertidumbre en ejecutivos y asesores jurídicos. De ahora en adelante se dispone de una pauta que si no compromete la libertad legal de acción del Departamento o de la Comisión, constituye, por lo menos, un vínculo psicológico y moral tanto para la Administración federal como para los administrados. Como ha dicho con tanta sobriedad como vigor el Departamento de Justicia: "Aunque estén sujetas a revisión y no sean concluyentes en casos individuales, las líneas orientadoras acrecientan el grado de previsibilidad de las situaciones ante el derecho antitrust para la sociedad que se proponga una actividad fusionista. La prontitud de la reacción indica que las líneas de orientación fomentarán el cumplimiento voluntario de las leyes antitrust" (Informe anual julio 1967-junio 1968).

## 12.- Las industrias "reguladas" y el derecho de fusiones a partir de 1950

También en los servicios públicos de régimen administrati

- 295 -

vo especial ha operado, a través de las disposiciones que en mayor o menor medida los declaran sometidos al derecho anti-trust vigente, el impulso de la campaña anti-fusionista -  
amen de que las escasas ramas nacidas a partir de la postguerra como figuras propiamente nuevas (la industria atómica por ejemplo), con regulación diferente del derecho común han quedado también sujetas por sus textos fundamentales a los principios defensores de la competencia. Estudiemos sucesivamente, a título de ejemplos, la banca, el gas natural y los transportes.

a) El derecho de fusiones bancarias desde la Ley Celler-Kefauver.

a') Desde 1950 hasta la Ley de Fusiones de Bancos de 1960. - La reforma de la Ley Clayton no resolvió en realidad el problema de la concentración de establecimientos por medio de la compra de activos, ya que si bien el nuevo texto del artículo séptimo incluyó el supuesto como figura ilícita, no lo extendió a cualquier clase de compañías mercantiles, sino únicamente a las "corporaciones sujetas a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio" con lo que implícitamente se exceptuaban los institutos crediticios, por no depender de la Comisión, sino de la Oficina de Reserva Federal. ¿Cómo extrañarse, en este contexto normativo, de que bajo la vigencia del texto revisado, la Reserva Federal apenas impugnara actos fusionistas, y de que la actividad del Departamento de Justicia fuese correlativamente casi nula? No fue ajeno este ordenamiento a la evolución estructural del sector. El primero de enero de 1950 existían en los Estados Unidos 14.174 bancos comerciales; el 31 de diciembre de 1959, sólo 13.460. Como se autorizaron 887 nuevos establecimientos durante ese período, resulta que a pesar del notable incremento de las necesidades nacionales de servicios bancarios, -



desaparecieron 1.503 bancos, a un promedio de 150 al año, proceso debido en muy gran medida a un fuerte movimiento fusionista. De 1950 a 1958 el Controlador de la Moneda y los Departamentos de Banca de los distintos Estados aprobaron fusiones, absorciones y compras de institutos relativas a más de 1.300-casas, cuyos recursos excedían de veintiséis mil millones de dólares. Sólo en 1955, el Chase Manhattan Bank fusionó con el Bank of Manhattan Co. y el Bronx Country Trust Co.; el National City Bank of New York se unió con el First National Bank of New York, para formar el colosal First National City-Bank y el Bankers Trust Company of New York lo hizo con el Public National Bank & Trust Company of New York. Como resultado, en gran parte, de la tendencia los cuatro mayores establecimientos de crédito en dieciséis de las plazas financieras más importantes controlaban en 1959 el sesenta por ciento de todos los activos bancarios de las plazas respectivas (150). Estudios más profundos señalan dos causas fundamentales: primera las presiones que sobre la rentabilidad del negocio gravitaban como consecuencia de la desigualdad del ritmo de crecimiento de los diversos bancos, y segunda, el deseo de establecer o expandir sistemas de sucursales, especialmente en las zonas suburbanas y periféricas de las grandes metrópolis, debido a su vez en buena medida al factor psicológico de prestigio.

Por otra parte, las restricciones de los ordenamientos estatales en materia de sucursales y agencias, han sido fácilmente burladas por los medios financieros con un recurso tan sencillo como flexible: la "compañía holding de banca" (bank holding company), es decir la holding mixta industrial y bancaria. En efecto, se imaginaba la constitución de una holding la

(150) Cfr. KRONSTEIN, DOMMER & MILLER (op.cit., pág. 208.

cual adquiriría una firma industrial, manufacturera, para no -  
quedar registrada como empresa de crédito, y acto seguido fun-  
daba uno o más bancos. Así, en 1957 estaban ya registradas 44  
sociedades que controlaban 417 bancos, con 851 sucursales en-  
total, o sea, el 5,9% de todas las oficinas de banca, con el-  
7,5% de los depósitos totales. Se dictó, en consecuencia, para  
mantener estrictamente separados los negocios bancarios y no -  
bancarios, la Bank Holding Company Act., de 9 de mayo de 1956,  
cuyo objetivo era, anén de mantener la expansión de las hol -  
dings ya existentes a través de las fronteras estatales, con-  
trolar a través de la Reserva Federal la formación de nuevas-  
entidades y obligar a las holdings bancarias en general a -  
deshacerse de participaciones no crediticias. Latía, por otra  
parte, un enconiable anhelo de salvaguardia de la igualdad -  
de oportunidades competitivas en el nuevo texto, como lo de-  
muestra la preocupación que el Comité senatorial de Banca y-  
Moneda expresó por "conflictos de intereses que podrían abo -  
car a que un banco filial extendiese su crédito a una empresa  
emparentada (affiliated business) en circunstancias suscepti-  
bles de dar al prestatario una ventaja injustificada sobre -  
sus competidores"(151).

Sin embargo, la Ley no fue tan lejos, porque políti-  
camente no podía hacerlo, como habría sido necesario. Efecti-  
vamente, el Congreso empezó por definir (artículo dos) la "con-  
pañía holding bancaria" como "cualquier compañía que 1) direc-  
ta o indirectamente posea, controle o detente con facultad de  
voto el veinticinco por ciento o más de las acciones con dere-  
cho a voto de cada uno de dos o más bancos , o de una compañía

(151) Analysis de los proyectos S.2353, S.2418 y H.R. 7371 -  
(impreso en 1965) hecho por el personal técnico (staff)-  
del citado Comité. Citado por BENJAMIN P. SHAPIRO, The one-bank  
holding company movement: an overview, en el Banking Law Jour-  
nal , abril de 1969, vol. 86, pág. 292.

que sea o llegue a ser compañía holding bancaria en virtud de la presente ley, o 2) que domine de cualquier modo la elección de la mayoría de los directivos de cada uno de dos o más bancos, o 3) en la que, para beneficio de sus accionistas o miembros, esté en poder de fiduciarios (trustees) el veinticinco por ciento o más de las acciones con derecho a voto de cada uno de dos o más bancos o de una compañía holding bancaria". En otras palabras, a efectos de la Ley, no es holding bancaria, contra lo que parecen dictar la gramática y el sentido común, cualquier empresa que, teniendo forma de holding, posea el control de un banco, sino únicamente la que controle dos o más bancos.

Se prohíbe (artíc. 3º), salvo previa autorización de la Reserva Federal: primero, la realización por sociedad alguna de todo acto que la convierta en holding bancaria con referencia al concepto del artículo 2º, apartado a); segundo, que una holding bancaria adquiera directa o indirectamente la propiedad o dominio directo o indirecto de acciones con derecho a voto de un banco cualquiera si, como consecuencia de la operación, la compradora pasa a ser titular mediate o inmediata de más del cinco por ciento de las acciones con derecho a voto; tercero, que una holding bancaria o una de sus filiales bancarias adquieran la totalidad o parte sustancial de los activos de un banco cualquiera; y cuarto, la fusión entre holdings bancarias. Se exceptúan, por una parte, los títulos adquiridos por un banco de buena fe y a título fiduciario, salvo que los posea para beneficio de sus accionistas, así como los conseguidos al garantizar o cobrar una deuda contraída de buena fe, con obligación en tal caso de revenderlos dentro de los dos años siguientes, y por otra parte, las acciones adicionales adquiridas por una holding bancaria en un establecimiento en cuyo capital la holding posea ya, o controle, la mayoría de las acciones con derecho a voto.

Ahora bien, la ley no se limita a regular el futuro sino que aspira a enderezar el pasado, y así establece (artíc. 4º, apart. a), por un lado, que ninguna holding bancaria podrá en lo sucesivo adquirir la propiedad o el dominio directo o indirecto de acciones con derecho a voto en sociedades no bancarias, y por otro, que ninguna holding bancaria tendrá derecho, a partir de los dos años desde la promulgación del texto o desde la fecha en que se haya convertido en holding bancaria, según cuál de las dos fechas sea posterior, a conservar la propiedad o control mediano o inmediato de acciones con derecho a voto de una compañía que no sea banco o holding bancaria, ni dedicarse tampoco a otro negocio que la banca o la dirección o control de bancos, o prestar servicios a un banco del que posea o controle el veinticinco por ciento o más de las acciones con derecho a voto, ni realizar servicios por cuenta de banco alguno con el que tenga estos vínculos.

La ley fija asimismo (artíc. 3º) un procedimiento muy riguroso para que una holding bancaria pueda adquirir más bancos: en primer lugar, la interesada solicitará permiso de la oficina de la Reserva si la solicitante, o, en su caso, el banco cuyas acciones votantes o activos se trata de adquirir, es una sociedad bancaria de ámbito nacional o un banco del Distrito Federal (es decir, de Washington capital), o bien a la autoridad supervisora del Estado competente, si la solicitante o el banco cuyas acciones votantes o activos se van a comprar es un establecimiento puramente estatal. Acto seguido, la Reserva pondrá la petición en conocimiento del Controlador de la Moneda y dejará que pasen treinta días durante los cuales podrá, ora el Controlador, ora la autoridad estatal en cuestión, formular observaciones. Si el uno o la otra expresan por escrito su disconformidad, la Reserva lo comunicará sin-

denora al peticionario, y dentro de los tres días siguientes notificará a éste y a la autoridad disconforme la fecha de apertura de las audiencias públicas sobre el asunto, la cual recaerá entre los diez días y los treinta desde la comunicación al solicitante. La Ley no estipula plazo máximo para las audiencias, dejándolo expresamente a discreción de la Reserva. Finalizadas las audiencias, la Reserva podrá por ordenanza conceder o denegar la solicitud a la vista de la información aportada en las vistas.

Quizá sea, desde el punto de vista de nuestra exposición, lo más sugestivo de la ley la relación de "factores" (artíc. 3º, apart. d) valorativos que deberá considerar la Reserva: primero, la historia y situación financiera de la compañía (o compañías) y de los bancos afectados; segundo, sus expectativas; tercero, el carácter de su dirección; cuarto, la conveniencia, necesidades y bienestar de las poblaciones y de la zona de referencia; y quinto, si el efecto de la adquisición o fusión abocará o no a extender la dimensión o ámbito del sistema de la holding bancaria más allá de los límites "compatibles con una banca sana y adecuada, el interés público, y la preservación de la competencia en el campo bancario". Dos aspectos reclaman nuestra atención en la enumeración transitoria: por una parte, la referencia expresa a la defensa de la competencia (aunque no al ordenamiento anti-trust); por otra, que ese requisito venga en quinto y último lugar, lo cual parece indicar que las consideraciones de libertad de emulación económica gravitaban sólo en grado menor sobre el ánimo del legislador, preocupado fundamentalmente por la seguridad financiera y las necesidades técnicas del servicio.

b') La Ley de Fusiones Bancarias de 1960. - Hemos visto (vide supra, epígrafe a') que la reforma Celler-Kefauver dejó sin resolver el problema de la concentración de bancos - por adquisición de activos. La Reserva Federal, responsable en virtud del artículo once, de hacer cumplir, entre otros, el séptimo en el ámbito bancario, carecía, pues, de facultades para dictar órdenes de cese y desistimiento y menos aún de enajenación con motivo de transferencias de activos, aparte de que en su ánimo predominaban consideraciones de otra índole, fundamentalmente de orden técnico y financiero. Claro es que subsistía la posibilidad teórica de que interviniese el Departamento de Justicia invocando la ley Sherman, pero no por eso se dejaba de reconocer la extensión de las lagunas en el ordenamiento federal, lagunas que en modo notable explican la oleada descrita de operaciones aglutinantes. Urgía, pues, encomendar a las agencias federales bancarias la misión de velar por la tensión competitiva a la hora de resolver las solicitudes de autorización de actos concentradores.

Coronación de una campaña senatorial de encuestas y audiencias fue la Ley de 13 de mayo de 1960, que, familiarmente conocida por "Ley de Fusiones de Bancos de 1960" (152), dispone en sustancia que ningún banco "asegurado" podrá adquirir otro banco de esta clase ni fusionar con él, así como tampoco adquirir directa o indirectamente los activos de establecimientos asegurados, sin previo consentimiento por escrito del Controlador de la Moneda si el banco adquirente o resultante es un establecimiento nacional o del Distrito de Columbia, o de la Junta de Gobernadores de la Reserva, o un instituto simplemente estatal, o de la Corporación Federal para Aseguramiento (152) Ley Pública 86-463, por la que se modifica la Ley de la Corporación Federal de Aseguramiento de Depósitos (FDIC), de 1933, para exigir autorización federal a efectos de absorciones y fusiones de bancos asegurados, 74 STAT. 129.

to de Depósitos (FDIC) o un banco asegurado, pero no miembro de la Reserva. A la vista del régimen de aseguramiento federal la nueva ley cubría el noventa y cinco por ciento de los bancos operantes en el país, con más del noventa y siete por ciento de todos los activos.

La Ley ha previsto un procedimiento formalista, salvo en supuestos de urgencia. Todo plan de adquisición, absorción societaria, compra de activos o asunción de pasivos, deberá publicarse, de la forma que apruebe cualquiera de las tres autoridades federales citadas, en un periódico de circulación general en la localidad o localidades donde radiquen las oficinas principales de los establecimientos en cuestión. En el otorgamiento o denegación de su consentimiento, la autoridad competente deberá considerar los siguientes factores: "La historia y situación financiera de cada uno de los bancos, el ajuste de su estructura de capital, sus perspectivas de beneficios, el carácter general de su dirección, la conveniencia y necesidad de la localidad que sirven, y si sus poderes societarios son no compatibles con los objetivos de la propia Ley. Además, deberá considerar el efecto de la transacción sobre la competencia" (incluyendo toda tendencia al monopolio), y no deberá dar su aprobación "a menos que, después de considerar todos estos factores, encuentre que la transacción favorece el interés público". Hasta aquí, ninguna novedad respecto al régimen de la holdings bancarias. Pero la ley agrega, y éste es su rasgo más sugestivo desde la perspectiva antitrust, que "en interés de criterios uniformes", la oficina competente deberá, antes de actuar, "solicitar un informe sobre los factores de competencia en juego al Fiscal General y a las otras dos oficinas bancarias "citadas" en la Ley, informe que se deberá evacuar en el plazo de treinta días, reductible a diez para los casos en que la oficina requirente comunique razones de urgencia, Por-

fin tanto el Controlador de la Moneda como la Reserva Federal y la Corporación Federal de Aseguramiento de Depósitos, incluirán en su respectivo informe anual al Congreso una descripción de toda fusión, absorción, adquisición de activos o asunción de pasivo aprobada durante el ejercicio fenecido, así como indicación del nombre y recursos totales de cada establecimiento; si el Fiscal General ha informado y, en caso afirmativo, un resumen de lo esencial, y, por último, una declaración por la propia agencia de las razones para la aprobación.

La Ley de 1960 constituyó indudablemente un progreso, especialmente por la intervención que confería al Fiscal General, pero no resolvió, ni podía resolver, ya que era fruto de un compromiso político, el problema básico de la escala o prelación de valores. Igual que en el ordenamiento de las holdings se consagraban tres módulos: "solvencia, conveniencia y competencia"(153) , y no se decía cuál debe prevalecer, si bien era determinante la declaración preliminar del Comité senatorial de Moneda y Banca, que quería constancia "tan clara como el cristal" de su intención "de que puedan oponerse en contrapeso los diversos factores bancarios en cualquier caso singular frente a los factores competitivos, y de que los factores competitivos, sean favorables, sean desfavorables, no son de suyo determinantes en la resolución".(154)

Es más, dijeron algunos que en realidad la Ley vino a complicar y oscurecer el esquema antitrust, hasta el punto de preguntar si seguirían siendo aplicables al ramo crediticio las Leyes Sherman y Clayton, invocando como prueba el número relativamente bajo de expedientes incoados con motivo de fusiones de bancos. Creemos, que el juicio es exagerado, pues si se compara con la legalidad anterior, el progreso re-

---

(153) KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op.cit., pág. 302.

(154) Senate Reports No. 196. 86th Congress 1st Session 24(1959)

Citado por JOHN S. WATSON, en Bank Mergers: a standard of evaluation?, Texas Law Review, 1967, volumen 46, pág. 81, nota 10.



sulta meridiano desde la óptica de defensa de la competencia. Ahora bien, no cabe desconocer que en diversos casos el Controlador de la Moneda y la Junta de Gobernadores de la Reserva aprobaron fusiones informadas desfavorablemente como restrictivas de la competencia por el Fiscal, quien recurrió a los Tribunales. Era innegable que entre el Departamento de Justicia y las agencias bancarias se percibió una tensión derivada del distinto enfoque de una y otras, y nada mejor para ilustrarlo que el próximo epígrafe.

c') ¿Derecho antitrust versus derecho bancario?

la batalla forense del Banco Nacional de Filadelfia.- Del mismo modo que el fallo Brown Shoe Co. ha puntualizado una inflexión en la jurisprudencia general, así lo ha hecho, siguiendo de cerca, el de Filadelfia en la rama bancaria, confirmando orientaciones sugestivas en la interpretación de conceptos básicos, como la determinación geográfica del mercado. El pronunciamiento final del Supremo (155) ha servido de precedente y pauta a varias sentencias, algunas de las cuales se han estudiado ya, en la jurisdicción general.

El Departamento de Justicia entabló (1961) acción de interdicto ante el Tribunal del Distrito Este de Pennsylvania para impedir el proyecto de absorción del Girard Trust Corn Exchange Bank (en lo sucesivo, Girard) por el poderoso Philadelphia National Bank (PNB), so pretexto de que se infringían los artículos primero del texto Sherman y séptimo del texto Clayton. Philadelphia y Girard eran, respectivamente, el segundo y el tercero entre los cuarenta y dos bancos comerciales con oficina central de la zona metropolitana de Filadelfia. (155) United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963). Ver extracto en STELZER op.cit., páginas 130-153, y también en KRONSTEIN, DOMMER & MILLER, op.cit., - páginas 308-312.

constituida por la ciudad y los tres condados circundantes. Si la operación se consumaba, el Banco resultante sería el mayor del área formada por los cuatro condados de Pennsylvania, con el 36% de los activos totales, el mismo porcentaje de los depósitos y el 34% de los préstamos netos, y en definitiva, los cuatro mayores bancos de la zona pasarían a poseer el 78% de los activos, el 77% de los depósitos, y el 78% de los créditos netos, sin perjuicio de que tanto PNB como Girard deberían, en buena parte, su dimensión a operaciones fusionistas. Desde 1950, PNB había adquirido nueve bancos independientes -- y Girard seis, mientras que de 1947 a 1959 el número de bancos comerciales del área había descendido de 108 a 42, o sea menos de la mitad. Por fin, en noviembre de 1960 los directivos de entrambas casas concertaron la absorción, a reserva de aprobarla el Controlador de la Moneda, ya bajo la ley de 1960 y los tres informes preceptivos (Fiscal General, Reserva Federal y Corporación de Aseguramiento) coincidieron en que la operación tendría efectos considerablemente anticompetitivos en la zona metropolitana de Filadelfia, a pesar de lo cual el Controlador dió una autorización (febrero de 1961) que en su informe anual al Congreso justificó por el hecho de que subsistían muchas "fuentes alternativas de servicio bancario" -- y la consideración de que "a la vista del efecto beneficioso sobre la competencia nacional e internacional se concluyó que el efecto general sobre la competencia no sería desfavorable", anén de que, a juicio del informante, el banco incrementado "serviría mucho mejor la conveniencia y necesidades de su comunidad, prestando ayuda material a su ciudad y Estado en sus esfuerzos por atraer nueva industria y retener la existente". Al día siguiente entablaba demanda el Departamento. Ante el Tribunal de Distrito el Gobierno hizo hincapié en la estructura

del mercado y en las declaraciones de economistas y banqueros de que, a pesar de la intensa reglamentación gubernativa, existía un vasto campo para el libre juego de fuerzas rivales. Arguyó que la concentración de la banca comercial se oponía a ese libre juego, y precisó que el principal efecto anticompetitivo de la fusión de autos se dejaría sentir en la zona donde los establecimientos tuvieran sus oficinas - definiendo así el área de los cuatro condados como mercado geográfico. Por su parte, los demandados, anén de ofrecer pruebas en sentido contrario, pretendieron justificar la operación con argumentos técnicos, y además, valiéndose del testimonio de ciertos banqueros, alegaron que la firma resultante estaría, gracias a su prestigio y a sus capacidades crediticias, en mejor situación para competir con grandes bancos de otros Estados (especialmente Nueva York) y atraer capitales a Filadelfia.

El Tribunal de Distrito juzgó (1962): primero, que la ley de 1960 no derogaba ninguna de las leyes antitrust en la medida que pudiesen aplicarse a fusiones bancarias; segundo, que el artículo séptimo era inaplicable a fusiones bancarias por no estar los bancos sometidos a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio; tercero, que aun suponiendo que el artículo fuera de aplicación, el área metropolitana de los cuatro condados no constituía mercado en sentido geográfico - porque los protagonistas competían intensamente con otros bancos en la mayor parte del Nordeste de los Estados Unidos; cuarto, que aun admitiendo que el área de los cuatro condados - fuese el mercado, no había probabilidad racional de que la competencia entre bancos comerciales en la zona se vernara sustancialmente como resultado de la operación; quinto, cono ésta no violaba el artículo séptimo, a fortiori tampoco infrin

gía el primero de la Ley Sherman y, sexto, que el área metropolitana saldría económicamente beneficiada.

Desestimada la petición de interdicto, recurrió el Gobierno ante el Supremo, que otorgó certiorari y revocó la sentencia a quo, devolviendo los autos al Tribunal inferior para que sentenciara prohibiendo la operación proyectada. La sentencia acentuaba el hecho de que se trataba del primer litigio en conocimiento del Supremo sobre la cuestión de si eran aplicables las leyes antitrust a la banca comercial, y concretamente se planteaba la cuestión de la "aplicabilidad del artículo 7 de la Ley Clayton a las fusiones de bancos". Reconociendo paladinamente la imposibilidad de utilizar el precepto en el supuesto de adquisición de activos por corporaciones sustraídas al ámbito de la Comisión Federal de Comercio, el Supremo abordaba en derecho la deducción lógica: si se consideraba la operación como adquisición de activos, quedaba fuera del artículo séptimo. En este punto, el Departamento recurrente argüía que una absorción (merger) es algo "crucialmente distinto" de una simple adquisición de activos, y los recurridos aducían que es absolutamente distinta de una simple adquisición de acciones. Opinaba el Supremo que efectivamente una absorción no es ni lo uno ni lo otro, y después de un breve recorrido histórico de la Ley Clayton, concluía que el Congreso, inquieto y aleccionado por el fracaso de la Sherman en el caso Columbia, donde había únicamente transferencia de activos y no absorción, procedió a la reforma de 1950 con el propósito de abarcar "la gama entera de amalgamas societarias, desde puras adquisiciones de capital hasta adquisiciones puras de activos", de tal modo, que "leídas juntamente las disposiciones sobre compra de capital y las disposiciones sobre compra de activos incluían las absorciones como categoría fluctuante dentro del-

abánico..."Así interpretada, decía el considerando, la excepción específica de las corporaciones adquirentes no sujetas a la jurisdicción de la FTC excluye del ámbito del artículo séptimo únicamente las adquisiciones de activos por esas corporaciones cuando no se hagan por absorción". Toda otra interpretación, se añadía, sería "ilógica e irrespetuosa" hacia el claro designio del Congreso, tanto más, cuanto que nada autorizaba a suponer que el Congreso deseara conferir dispensa especial a la industria bancaria; si se lo hubiese propuesto, habría eximido no sólo las adquisiciones físicas, sino también las compras de capital.

Seguidamente se analizaba el efecto de la ley de 196 y se aprobaba expresamente que el Tribunal de Distrito rechazara el alegato de los encartados sobre la pretendida inmunidad de las concentraciones de bancos respecto a las leyes federales antitrust, ya que el texto no hablaba para nada de inmunidad, Iton más: tanto el dictamen del Comité bancario de la Cámara Baja como el del Comité senatorial habían declarado que la futura disposición no afectaría en absoluto la aplicabilidad de las leyes antitrust. Adicionalmente se deducía: "Sería anómalo concluir que el Congreso, al mismo tiempo que quería que la Ley Sherman continuase aplicándose íntegramente a las fusiones de bancos, y que el artículo séptimo de la Ley Clayton no dejara de ser totalmente aplicable a simples adquisiciones accionarias por bancos, pretendiera que el artículo séptimo fuese de todo punto inaplicable a fusiones bancarias".

Desbrozada la cuestión previa de aplicabilidad, se pasaba a estudiar la "legalidad de la fusión proyectada a la luz del artículo séptimo", es decir a examinar si el efecto de la fusión "puede ser nernar sustancialmente la competencia.... en cualquier rano del conerio en una parte cualquiera

del país". Por de pronto, no había dificultad en determinar -  
"el ramo del comercio", que era, ni más ni menos, el conjunto  
de servicios conocido como "banca comercial". En cambio, se -  
expresaba discrepancia abierta con el Tribunal de Distrito -  
en cuanto a la determinación de la "parte del país", y se -  
apuntaba que "la pregunta pertinente" no era dónde las partes  
desarrollaban su negocio ni siquiera dónde competían, sino -  
exactamente donde, dentro del área de concurrencia competitiva,  
sería el efecto de la fusión sobre esa competencia directo e  
inmediato, lo cual dependía de la "estructura geográfica de -  
las relaciones proveedor-cliente", palabras expresamente toma  
das de KAISEN y TURNER, en "Antitrust Policy" (1959), pág.102.  
Pues bien, "en la banca como en la mayoría de los servicios,-  
la conveniencia de localización es esencial para la competen  
cia efectiva", ya que "individuos y corporaciones suelen con  
ferir el grueso de sus relaciones a bancos situados en su lo  
calidad; encuentran poco práctico trasladar a distancia sus -  
asuntos bancarios...". En conclusión, se dictaminaba que el -  
área de los cuatro condados constituía el mercado.

Resuelta la definición del mercado, se abordaba la -  
"cuestión última" en el marco del artículo séptimo, a saber-  
si el efecto de la fusión era susceptible de disminuir la con  
petencia. Insistiendo en las consideraciones del fallo Brown-  
Shoe, se trataba no tanto de estimar el "efecto inmediato" como  
de predecir su "impacto" en el futuro, ya que precisamente la-  
reforma legislativa de 1950 había obedecido al propósito de -  
refrenar las tendencias anti-competitivas en "sus comienzos".  
Invocando una vez más el fallo Brown Shoe, concretamente el -  
pasaje donde se decía que el tema fundamental en los debates-  
del Congreso a propósito de la reforma de 1950 había sido la-  
aumentativa concentración de la economía americana, el Supremo

afirmaba que "esta intensa preocupación del Congreso justificaba que se prescindiera, en ciertos casos, de una prueba detallada de la estructura del mercado, del comportamiento del mercado o de los probables efectos anticompetitivos", y acto seguido venía el pronunciamiento básico de la sentencia: "Específicamente creemos que una fusión que da origen a una firma que controle un porcentaje indebido del mercado y aboque a un incremento significativo en la concentración de empresas en ese mercado, es tan intrínsecamente susceptible de reducir la competencia sustancialmente que debe ser prohibida, en ausencia de pruebas que claramente demuestren que <sup>es</sup> no probable que la fusión tenga esos efectos anticompetitivos". El acto enjuiciado se concretaba en que un solo establecimiento controlaría, por lo menos, el treinta por ciento del negocio en los cuatro condados: "Sin tratar de calibrar el porcentaje mínimo del mercado que se considera como amenaza de concentración indebida, tenemos clara conciencia de que el treinta por ciento proyecta ese riesgo".

Se dedicaba un largo párrafo a justificar una apreciación que evidentemente no podía fundarse en la letra del artículo séptimo ni tampoco en la historia del proceso legislativo. Ceñidamente se citaban sentencias, entre ellas Brown-Shoe y E.I. du Pont de Nemours (en que recayera condena disolutoria de operaciones concentradoras a pesar de que los porcentajes de mercado eran menores), y se recordaba — el asunto Standard Oil (337 U.S. 293 vide supra nota 121), en que el propio Tribunal había apreciado violación del artículo tercero con motivo de contratos de exclusiva por el hecho de que la encartada hacía el 23% de las ventas del mercado y sumada a otras seis sociedades representaba el 65%. Se observaba, a mayor abundamiento, que nada de lo contenido en los autos demostraba la tendencia "intrínsecamente" anticompetitiva manifes-

tada por los porcentajes de referencia, ni siquiera las declaraciones de ciertos directivos bancarios sobre la intensidad de la competencia en Filadelfia, ya que no habían aducido razones concretas. El objeto fundamental del artículo séptimo, se repetía, consistía en detener la carrera hacia la concentración y el monopolio antes de que las alternativas del consumidor desapareciesen por medio de sucesivas fusiones, objetivo que no se alcanzaría si se esperaba a la absorción de diez, veinte, o treinta bancos más en Filadelfia.

Después de resumir muy brevemente las principales conclusiones, y de señalar que tanto PNB como Girard disfrutaban de excelente salud financiera, el Supremo revocaba (con dos votos en contra) el fallo recurrido.

Como todas las victorias obtenidas sobre un enemigo-presuntamente invencible, a quien nadie se atrevería a retar, el éxito del Departamento de Justicia suscitó una nueva ofensiva judicial. Derrotado el rival, había que perseguirlo y acosarlo. En efecto, el Supremo dictó al año siguiente (1964) otra sentencia anulatoria, esta vez a propósito del Lexington Bank (156), especialmente significativo por cuanto constituye la primera resolución judicial basada desde 1950 en la aplicación de la Ley Sherman, y no del texto Clayton, a una fusión bancaria.

El Departamento atacó (marzo de 1961) la absorción de un establecimiento de Lexington (Kentucky), el Security Trust, que poseía el trece por ciento del total de depósitos activos y créditos del condado de Cayette y ocupaba el cuarto lugar en la zona, por el First National Bank of Lexington que era el mayor instituto local, con el cuarenta por ciento de - (156) Ver JOHN BERGHOF, The size barrier in merger law- or- antitrust by the numbers en Ohio State Law Journal, 1966 vol. 27, págs. 92-93.



- 312 -

los depósitos, préstamos y activos. El Banco resultante disfrutaba, pues, del 53%, porcentaje mayoritario en un total de sólo seis bancos, y reunía más del noventa por ciento de todos los activos estrictamente societarios de la banca. El Tribunal del Distrito Este de Kentucky desestimó la demanda, y el Gobierno apeló ante el Supremo, que concedió certiorari y retuvo como determinantes dos hechos: la dimensión del banco adquirente y de sus cinco competidores, incluyendo el adquirido, y las cifras de concentración bancaria en la zona antes y después de la absorción.

A los argumentos de los demandados, que invocaban el precedente de la célebre sentencia absolutoria Columbia Steel (1948), el Supremo respondía que este fallo no tenía más alcance que el de los hechos en que se basaba, y acudió a la jurisprudencia elaborada a principios de siglo, especialmente a la no menos famosa sentencia condenatoria Northern Securities (1911) señalando que para sus autores "fue suficiente que los dos (participantes en la fusión) compitiesen, que su competencia no fuese insignificante y que la agrupación le había puesto fin"; litigios que eran prueba de que "cuando las compañías fusionantes son sujetos competitivos principales en un mercado concreto, la eliminación de una competencia significativa entre ellos mediante fusión, constituye en sí misma una violación del artículo primero de la Ley Sherman". Concluía el Supremo que la fusión eliminaría gran parte de la tensión competitiva y que las pruebas aportadas indicaban hasta qué nivel la "imagen" de la magnitud "es poderosa atracción para los clientes, una ventaja que se acrecienta progresivamente con la diferencia de tamaño".

Parece evidente que el fallo Lexington confirma y acentúa la jurisprudencia de hostilidad a la dimensión, de perjuicio contra la magnitud.

A partir del caso expuesto, ha subido de punto la actividad del Departamento de Justicia, como demuestra el número de casos incoado, mucho mayor que en los años anteriores a 1961. Precisamente esta ofensiva redoblada ha ilustrado el contraste de las legislaciones antitrust y bancaria, y, por consiguiente, la urgencia de una reforma legislativa más estudiada y orgánica que el simple remiendo de 1960.

d') La Ley de fusiones bancarias de 1966: armonización de los criterios antitrust y administrativo.— Las sentencias Philadelphia y Lexington suscitaron inquietud en los medios bancarios, que a través de sus grupos de influencia en el Congreso se esforzaron por introducir enmiendas a la Ley de 1960 que exceptuaran de las Leyes Sherman y Clayton las fusiones bancarias aprobadas por la Reserva Federal, el Controlador de la Moneda o la Corporación de Aseguramiento en el ejercicio regular de sus facultades. A este objetivo respondía especialmente la proposición del senador A.W. ROBERTSON (S.1698), que sugería "poner las fusiones bancarias en el mismo status que las demás industrias reguladas, en el marco de leyes que confían a las agencias responsables de estos sectores la misión de desarrollar nuestra política antitrust..."(157)

La propuesta ROBERTSON sirvió de base a las discusiones del Congreso, el cual aprobó (21 de febrero de 1966) "una Ley por la que se establece un procedimiento para el examen de proyectos de fusiones bancarias a fin de eliminar la necesidad de disolver los bancos fusionados, y se atienden otros fines" (Ley Pública 89-356, 80 STAT 7). Los debates fueron largos y accidentados y abocaron, como es habitual, a una fórmula de compromiso, que sin perjuicio de corroborar los criterios antitrust -

(157) Artículo del propio senador, "Bank Mergers and the Anti-trust Laws," revista Banking, mayo de 1965, pág. 36.

como módulo de licitud de las fusiones bancarias, reconocía la necesidad de admitir las consideraciones técnicas de índole crediticia.

El procedimiento de autorización sigue siendo sustancialmente el mismo, por lo que es ocioso describirlo, salvo dos novedades: en primer lugar, que, autorizada la fusión, las entidades protagonistas no podrán consumarla hasta transcurridos treinta días de la aprobación oficial; en segundo y subsiguiente lugar, si el Departamento de Justicia discrepa de la autorización, tiene un plazo de exactamente treinta días para impugnarla ante los Tribunales, diligencia que surte el efecto de suspender la orden de autorización, a menos que los tribunales dispongan de otro modo. Entrambas disposiciones obedecen evidentemente al deseo de acabar, por lo que a la banca afecta, con uno de los más graves inconvenientes de la práctica judicial antitrust: que, pronunciada una sentencia anulatoria, tenga la sociedad absorbente que deshacerse de la adquirida o tenga la fusionante que disolverse, con todo lo que acarrea en costes y tiempo, incluso en pérdida de prestigio y clientela.

Ahora bien, como el propio título de la ley anuncia, es en los criterios de ilegalidad, es decir, en la normativa de fondo, donde se contienen los pronunciamientos decisivos, que pueden concretarse en el trasvase expreso al sector bancario de los patrones genéricos antitrust, con los matices que se verá. En efecto, la agencia bancaria competente en cada caso no aprobará: a) "toda operación proyectada de fusión susceptible de abocar a un monopolio, o que se haga en cumplimiento de una combinación o colusión cualquiera para monopolizar o tratar de monopolizar el negocio de banca en cualquier parte de los Estados Unidos", b) "cualquier otro proyecto de fusión

cuyo efecto en una parte del país pueda mermar sustancialmente la competencia o tender a la creación de un monopolio o que de cualquier otra forma sea susceptible de restringir el tráfico, a menos que (la agencia) juzgue que los efectos anti-competitivos de la operación pretendida estén claramente superados (outweighed) en el interés general con el efecto probable de la transacción sobre la satisfacción de la conveniencia y necesidades de la comunidad a la que debe servir".

Se añade que "en todo caso, la agencia responsable deberá tomar en consideración los recursos financieros y directivos y las perspectivas de las instituciones existentes y proyectadas, y la conveniencia y necesidades de la comunidad a la que ha de servir".

La Ley no se ha limitado a especificar los módulos atendibles por la agencia administrativa, sino que se ha preocupado de que los tribunales apliquen esos mismos criterios, aunque con independencia de juicio, para acabar con la falta de uniformidad imperante bajo el texto de 1.960. De ahí que se disponga, por una parte, que, una vez impugnada una orden aprobatoria, "el Tribunal examinará de novo las cuestiones planteadas", es decir, que volverá a considerarlas desde su origen y fundamento, no dando por definitivo nada de lo sentado por la agencia autorizante; y por otra, que "los criterios (standards) aplicados por el Tribunal serán idénticos a los que las agencias bancarias están obligadas a cumplir en virtud del párrafo 5" (el transcrito).

Comparando con la derogada ley de 1960, se aprecia a simple vista que los nuevos módulos son más concretos y específicos, y especialmente que se ha hecho un verdadero "trasplante" conceptual del artículo segundo de la Ley Sherman (monopolio o intento de monopolizar), así como del séptimo de la

Ley Clayton (merna de incompetencia o tendencia a la formación de un monopolio), al que se ha juxtapuesto parte del primero del propio texto Sherman (restricción del tráfico), al párrafo 5. Recuérdese que en la normativa de 1960 sólo se hablaba de que la agencia competente debería "también" tomar en consideración "el efecto de la operación sobre la competencia (incluyendo toda tendencia al monopolio)".

Sin perjuicio de cuanto antecede, la ley de 1966 establece un distingo sugestivo. Efectivamente, mientras, en virtud del apartado a) del párrafo transcrito, se prohíbe de modo absoluto fusión alguna de tipo monopolístico, precisamente el supuesto a que se refiere el artículo segundo de la Ley Sherman, al apartado b) admite en cambio la posibilidad de que las consideraciones de "conveniencias y necesidades" de tipo técnico contrapesen la tendencia o naturaleza simplemente anticompetitiva, es decir, sin incurrir en monopolismo, de toda operación fusionista.

Indiquemos que, en virtud de un compromiso político adoptado al cabo de meses de cabildeos y sistemática obstrucción parlamentaria en el Comité de Banca y Moneda del Senado, e inspirado en un criterio de equidad, la ley ha exonerado definitivamente de toda persecución antitrust las operaciones que, consumadas e impugnadas judicialmente antes del 17 de junio de 1963, fecha de la sentencia Philadelphia, pendían bien de pronunciamiento definitivo, bien de disolución o enajenación, en caso de haber recaído fallo condenatorio (a menos que la impugnación respondiera al artículo dos de la Ley Sherman, es decir al concepto de monopolio). Gracias a esta disposición han quedado definitivamente consolidadas amalgamas tan importantes como la absorción (agosto de 1961) del Hanover Bank, de Nueva York, por el también neoyorquino Manufacturers Trust Co., a pesar de haber sido anulada por un Tribunal de Distrito del

quisición (agosto de 1961 también) del City National Bank & Trust Company of Chicago por el Continental Illinois National Bank & Trust Company of Chicago, y la ya citada adquisición del Security Trust Company, por el First National Bank and Trust Company of Lexington, que, definitivamente anulada, según se recordará, por el Supremo (4 de junio de 1964), aún permanecía en el Tribunal de Distrito en trámite de disolución.

La ley exonera asimismo toda operación concentradora que, consumada después del 16 de junio de 1963, no haya sido atacada aún por el Fiscal General por infracción de las leyes antitrust, a excepción del artículo dos de la Ley Sherman, (monopolio o tendencia a monopolizar), y, por fin, se ordena a todos los tribunales que entiendan en algún litigio de fusiones bancarias incoado por el Fiscal General con posterioridad al 16 de junio de 1963, que apliquen la "regla sustantiva de derecho" sentada en el transcrito párrafo 5:

e' ) La aplicación judicial de la ley de 1966.--  
La entrada en vigor de una disposición tan original en el derecho bancario como la obligación de los Tribunales de examinar de novo las cuestiones ventiladas previamente por las agencias federales, para juzgar con absoluta autonomía e independencia sobre las circunstancias de cada caso, tenía que suscitar desconcierto e inseguridad en órganos nada habituados a enjuiciar aspectos de naturaleza caracterizadamente técnica, por lo que no han faltado en los primeros tiempos tribunales de Distrito que se han abstenido deliberadamente de entrar en la cuestión de fondo, a saber, sopesar los factores competitivos y los problemas técnicos de una fusión determinada, arguyendo que toda confrontación de factores de competencia e interés público, "es meridiana e incuestionablemente una de

cisión legislativa o administrativa" y, por lo tanto, constituiría un abuso de poder y violaría el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos (definidor del Poder Judicial). Esta inhibición timorata y legalista amenazaba dar al traste con el propósito del Congreso. Afortunadamente el Supremo ha enmendado yerros primerizos y puesto la novel jurisprudencia en el camino recto con motivo de un fallo sobre dos casos conexos, First National City Bank of Houston y Provident National Bank (158). En aquél el Tribunal sostuvo que los órganos de justicia podían perfectamente formular juicios independientes y que esta facultad gravitaba en la órbita de sus poderes constitucionales, puesto que existían muchos precedentes en otros ramos del ordenamiento federal, y así lo había querido el Congreso, insertando la expresión "de novo".

Ahora bien, el problema medular de la jurisprudencia ha consistido en determinar a quién incumbe el onus probandi es decir, la carga de probar, por una parte, que efectivamente asoma la restricción de la competencia o la tendencia al monopolio, y por otra parte, que este hecho no está compensado por factores de "conveniencia" y "necesidades" del servicio bancario. La tendencia inicial de los Tribunales de Distrito ha sido encomendar al Departamento de Justicia la demostración de entrambas proposiciones, y así ha sucedido en los litigios ya citados de Provident y First National...of Houston, pero el Supremo ha revocado tajantemente el pronunciamiento, señalando que la ley de 1966 no constituye, en realidad más que un medio especial de defensa, verdadera excepción privilegiada del ordenamiento antitrust, ya que a ningún otro sector de la economía le reconoce la ley el derecho a invocar

---

(158) 386 U.S. 361 (1967) En ambos litigios el Supremo casó las sentencias de Distrito.

en su favor la presunta "conveniencia" y "necesidades" del público. Por lo tanto, arguye, justo es que quien apela a unas consideraciones de signo excepcional cargue con la prueba de demostrar su existencia.

La sentencia más importante promovida por la última reforma es, sin duda, la del caso Estados Unidos v. Third National Bank de Nashville (Tennessee), segunda entidad local - por su volumen de negocio, que adquirió (1964) el Nashville - Bank and Trust Company, clasificada la cuarta. La adquirente controlaba aproximadamente el treinta y tres por ciento y la adquirida alrededor del cinco por ciento de los activos, préstamos y depósitos. Se demostró posteriormente en los autos que el banco adquirido experimentaba desde hacía algún tiempo dificultades de orden financiero y directorial, pero también quedó en claro que seguía siendo un banco viable y que no había ensayado seriamente alternativa alguna a la solución fusionista para remediar su situación.

El Controlador de la Moneda aprobó la fusión a tenor de la ley antigua de 1960, a pesar de los informes negativos de la Reserva, la Corporación y el Fiscal General. El Departamento de Justicia la impugnó, alegando ruptura del artículo séptimo de la Ley Clayton y del primero de la Ley Sherman. Poco después se promulgó la nueva Ley, y el Controlador envió al Tribunal de Distrito un informe según el cual la operación no contravenía el texto recién aprobado. El Departamento acusador ~~re~~arguyó que desde el momento en que los factores de índole bancaria enumerados en él se referían fundamentalmente a la solvencia y a la protección de la población contra el peligro de un banco en quiebra (failing bank), la excepción del párrafo b) de la Ley acerca de la "conveniencia" y "necesidades" de la comunidad no era sino reiteración de la vieja excepción de la-



"sociedad desfalleciente" en el marco del derecho antitrust - general.

El Tribunal del Distrito Centro de Tennessee estimó- que si bien el Departamento había logrado montar una "acusación argumentable" a la luz de los criterios anteriores a 1966, la ley recién aprobada era ya la única aplicable y que la operación enjuiciada no infringía sus patrones, más amplios que los del derecho antitrust, puesto que se basaban en el cotejo de - facetas competitivas y facetas técnicas. A mayor abundamiento - sostenía que estos factores típicamente bancarios no sólo abar- caban la hipótesis del "banco en quiebra", sino la del "banco- estancado" (stagnant bank) o del "banco en aprietos" (flounde- ring bank) que era precisamente la del instituto adquirido en el caso de autos.

El Supremo ha estimado, por el contrario (159), que el Congreso "no tuvo la intención de adoptar para los bancos cri- terios diferentes de los que generalmente se usan en la legis- lación antitrust", y además se ha declarado en desacuerdo con- el órgano a quo en las dos cuestiones fundamentales del párra- fo 5 de la ley: "Afirmamos que los Estados Unidos han probado- que esta fusión tendería a mermar la competencia, y también - que el Tribunal de Distrito no ha puesto de relieve los benefi- cios de la población en términos de '"conveniencia y necesida- des"' suficientes para contrarrestar el impacto anti-competiti- vo" En consecuencia, ha casado el fallo y devuelto los autos - para nuevo examen del segundo punto, haciendo constar que no - es suficiente "demostrar que un banco necesitaba una dirección más vivaz y eficiente, si no se prueba que los medios alterna- tivos para conseguirla....presentarían dificultades inusitada-

---

(159) 388 U.S. 905 (1967). Cfr. WATSON, op.cit., págs. 94-96, y también nota de The Banking Law Journal, volumen 86, nº 10 págs. 923-924 (octubre de 1969).

mente graves". El reparo tiene notable valor interpretativo - como reserva a la teoría de la "sociedad desfalleciente", que, incidentalmente admitida a título de dictum, de simple opinión, por el mismo Tribunal Supremo, según se recordará, en el fallo International Shoe, ha sido precisada en 1969, según también - se ha dicho, con motivo del caso Citizens Publishing.

En los últimos cinco años han sido muy numerosas las fusiones impugnadas por el Departamento, el cual se centra en los bancos locales de envergadura relativamente modesta, considerando que la banca es ante todo un servicio local. La mayoría de los asuntos versa sobre amalgamas típicamente horizontales, entre entidades que compiten directamente, si bien ha cobrado relieve en los últimos tiempos una segunda modalidad, - que el Departamento engloba en la categoría de "market extension mergers", a saber, la compra o absorción de bancos dominantes o importantes de una localidad determinada por alguno - de los establecimientos principales del Estado, condado o - "area metropolitana" a que pertenece la localidad, especialmente cuando la legislación del Estado en cuestión es restrictiva - en cuanto a la entrada de nuevos bancos. Generalmente, sobre - todo en los casos de segundo tipo, la acusación se basa de modo fundamental, cuando no exclusivo, en el argumento de la " - competencia potencial", o, mejor dicho, "el competidor en potencia", siguiendo la huella del Supremo en las sentencias Procter & Gamble, ya citada. y El Paso Natural Gas Co., que tratamos - en el próximo epígrafe. Concretamente el Gobierno suele alegar - que el instituto absorbente o comprador representa un "rival" - en potencia de la entidad adquirida y que, por lo tanto, la - operación restringe la competencia. Se han dado incluso ocasiones en que la emulación y rivalidad entre las entidades protagonistas era probadamente insignificante y, sin embargo, el -

Departamento de Justicia se ha opuesto arguyendo la simple posibilidad de enfrentamiento entre ellos(160). La misma Reserva Federal, a quien va dirigida la mayoría de las solicitudes y que suele ser bastante más severa que el Controlador y la Corporación en el enjuiciamiento de los posibles efectos anticompetitivos, ha vetado varios proyectos basándose en el argumento de la "potential competition". ¿Qué balance provisional cabría extraer del primer lustro de vigencia de la ley de 1966?. Por de pronto, las fusiones a gran escala que, según el propio Comité senatorial de Banca y Moneda, eran el objetivo principal del nuevo texto, se han hecho más difíciles y, por ende, menos probables. Igualmente hay que señalar, en punto a integraciones de ámbito local, un elevado número de desistimientos a consecuencia de su impugnación o simple anuncio de impugnación por el Departamento de Justicia.

Ahora bien, no sería justo ignorar las facetas negativas de la actividad gubernamental, afortunadamente templadas y contenidas por los Tribunales. La realidad es que, en muchos casos el Departamento no señala como fundamento de su demanda la probabilidad racional de ingreso de uno de los bancos fusionantes en el mercado del otro, sino que se contenta con apuntar la mera posibilidad de que así suceda, planteamiento que, si prosperase, se convertiría a la larga en rémora y obstáculo para la modernización y eficacia del negocio bancario en diversas regiones de la Unión. De ahí que el Gobierno haya sufrido merecidas derrotas judiciales. Así, en el primer litigio entablado bajo la ley actual, a propósito de la amalgama del Crocker-Anglo National Bank, de San Francisco y el Citizena (160) Cfr. Antitrust Laws and Mergers, por MATTHEW HALE, revista Banking, marzo de 1970, pág. 54; Bank Mergers and potential competition, por EUGENE J. METZGER, mismo número, págs. 56 y 84, y How Justice views Bank mergers, por BAKER, correspondiente de la revista, mismo número, págs. 56 y 84.

National Bank, de Los Angeles, el Tribunal del Distrito Norte-  
de California, falló que el Departamento habría debido probar,  
no sólo que los bancos en cuestión "podían" (might) haber entra-  
do el uno en la zona de influencia del otro, de no haberse uni-  
do, sino que "lo habrían hecho según toda probabilidad racio -  
nal" (they would in reasonable probability have done so). En -  
1970, la División Antitrust ha experimentado otros tres reve -  
ses, dos ante el Tribunal de Distrito de Missisipi, con oca -  
sión de las fusiones entre el First National Bank of Jackson y  
el Bank of Greenwood, por una parte, y, por otra, el Deposit -  
Guaranty National Bank, también de Jackson, y el City Bank and -  
Trust Company, de Natchez, y un tercero ante el Tribunal de Dis-  
trito de Maryland, con motivo de la integración del First Na -  
tional Bank of Maryland y del First National Bank of Harford -  
County. Tan contundente ha sido el repudio por la magistratura  
de la tesis de "competencia potencial", que el Departamento ni  
siquiera ha recurrido, y parece claro que estos fracasos han -  
disuadido al Gobierno de impugnar ciertas operaciones (por ejem-  
plo, una muy importante en Pennsylvania) que, paradójicamente, -  
ofrecían, por su envergadura y el alto grado de concentración --  
del mercado respectivo, bastante más fundamento desde el ángulo  
antitrust. Como ha declarado recientemente el ex-Fiscal Adjunto  
LOEVINGER, poco sospechoso de indulgencia con el "big business",  
si la mera posibilidad de abuso o de actos ilegales es suficien-  
te para condenar una fusión, "será igualmente lógico decir que  
disensión es, en potencia, lo mismo que revolución, protesta -  
potencialmente lo mismo que violencia y éxito en los negocios,  
potencialmente lo mismo que monopolización". En resumen, con-  
cluye LOEVINGER, a tal extremo llevada, la teoría se vuelve -  
"legalmente viciada, socialmente desacertada y en potencia el  
más subversivo principio jurídico que se haya formulado ante -  
los Tribunales americanos en los años recientes" (161)

(161) Entrevista concedida a Banking, núm. de diciembre de 1970  
págs. 39, 40 y 62.

No quisiéramos, sin embargo, terminar esta exposición sin citar, por su interés conceptual, la última victoria significativa del Departamento de Justicia, concretamente el caso Phillisburg National Bank and Trust Company, 399 U.S. 350 (año 1970). El Gobierno había impugnado el proyecto de amalgama de dos establecimientos, uno de Phillisburgo, pequeña ciudad de Nueva Jersey (unos 18.000 habitantes) y otro de Easton, ciudad situada, en la orilla opuesta de un río que hace frontera, en el Estado de Pennsylvania (unos 30.000 habitantes), sin más comunicación que dos puentes. El Tribunal de Distrito rechazó la demanda y el Gobierno apeló al Supremo, el cual, otorgado el certiorari, falló por mayoría que el órgano a quo no había apreciado correctamente la extensión del mercado ni en lo geográfico ni en lo económico. Desde el punto de vista del "servicio" a la clientela, el mercado está constituido, según el Supremo, por un conjunto de servicios de tipo comercial que, no obstante, se subdivide en varios "submercados" (como se ha dicho en el caso Brown Shoe), muy especialmente el de servicios financieros; en cuanto a lo espacial, el mercado consiste precisamente en las dos localidades de referencia, teniendo en cuenta el radio de acción de los institutos fusionantes. De este modo queda, a nuestro juicio, definitivamente asentada la jurisprudencia que delimita en áreas urbanas reducidas el ámbito "relevante" de las transacciones bancarias.

e') Las nuevas leyes de holdings bancarias de 1966 y 1970: alineamiento con la banca y fin de la exención de las holdings de "un solo banco".-Epílogo y broche de la reforma expuesta ha sido la ley de 1º de julio de 1966 (80 STAT.236), por la que se incorporan literalmente a la de 1956 las innovaciones promulgadas cuatro meses antes para los bancos en punto a fusiones. En consecuencia, la Reserva Federal no aprobará proy

to alguno de concentración susceptible de abocar a un monopolio o planeada colusivamente con ánimo de monopolizar una parte del país. Tampoco autorizará planes que puedan abocar a merma sustancial de competencia o tender a la creación de un monopolio, o a restringir el tráfico de cualquier forma, a menos que, a su juicio, los efectos anti-competitivos estén claramente superados en el interés general por la "conveniencia" y "las necesidades" de la comunidad o población. Prohibición absoluta, pues, para el supuesto del artículo dos de la Ley Sherman(monopolio) y prohibición condicionada para los restantes supuestos. Igualmente se ha establecido que cuando se impugne judicialmente una orden aprobatoria de la Reserva, los Tribunales revisarán de novo todas las cuestiones consideradas por ella, y deberán aplicar los mismos criterios o módulos que los utilizados por la propia Reserva. Para mayor analogía aún, rige el mismo plazo suspensivo de treinta días, dentro del cual deberá el Fiscal General entablar demanda judicial si no está de acuerdo con la autorización concedida. Por último, se han añadido disposiciones similares sobre exención de toda persecución antitrust para las operaciones que se hayan consumado antes de fecha determinada (en este caso, la del 9 de mayo de 1956, en que se aprobó la ley de holdings).

Finalmente, una nueva ley de 1970(84 STAT.1.760) ha venido a cerrar la brecha de la holding "de un solo banco", del mismo modo que la Ley Celler-Kefauver taponó el hueco de las "compras de activos". Entre las compañías afectadas por la disposición, figuran todos los grandes bancos del país que han constituido en los últimos años sociedades-matrices con forma holding para diversificar sus actividades extendiéndolas a sectores conexos, como los seguros y la informática. En adelante, la Reserva Federal decidirá cuáles son las actividades no ban-

carias que podrán ejercer las holdings bancarias (unas mil - doscientas en enero de 1971). A estas entidades se les prohíbe supeditar a la realización de operaciones no bancarias el otorgamiento de préstamos por su respectivo banco. Por último se encarga a la Junta de Reserva Federal que examine las actividades de las holdings poseedoras de grandes institutos de crédito (cuyo activo supere los sesenta millones de dólares).

b) Otro sector especial: el gas natural.

Hay más de un millón de kilómetros de gasoductos en los Estados Unidos, de los cuales el diez por ciento consiste en líneas de yacimientos o de conexión, otro treinta en línea de transmisión, y el resto en líneas distributivas locales o comerciales. Las grandes compañías petrolíferas suelen ser al mismo tiempo productoras de gas, pero no propietarias de los gasoductos. La Ley del Gas Natural de 21 de junio de 1938 confiere a la Comisión Federal de Energía jurisdicción sobre ventas y transporte interestatal del producto, con el mandato de defender a los extractores, así como al consumidor final, frente a las poderosas compañías propietarias de las líneas conductoras. La Comisión ejerce control minucioso sobre la construcción y funcionamiento de las instalaciones y tarifas de transporte. No se puede <sup>/construir</sup> ni ampliar gasoducto interestatal, ni cabe emprender o abandonar un servicio determinado sin previa autorización de aquélla, la cual deberá oír, primero, a todos los interesados y emitirá eventualmente un "certificado de conveniencia y necesidad pública".

Por lo que se refiere específicamente al régimen de fusiones, se somete (artíc. 7º citado) al visto bueno de la Comisión de Energía toda adquisición, transferencia o concentración de activos físicos, es decir, de instalaciones conduc

toras, pero no se regula el supuesto de que una compañía transportista de gas adquiriera las acciones de una competidora, con lo cual se da, al menos en apariencia, una anomalía de signo inverso a la del primitivo texto Clayton. Claro es que la aparente laguna se desvanece bajo el nuevo artículo séptimo que, por un lado, dispone que "ninguna corporación", sin excepciones ni matices, podrá adquirir las acciones de un competidor, y por otro lado, que "ninguna corporación sujeta a jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio" adquiera los activos físicos de un rival, para terminar haciendo salvedad de las "transacciones consumadas en virtud de autorización" conferida, en uso de sus respectivas facultades legales, por una serie de órganos federales, entre los que figura precisamente, según se recordará, la Comisión de Energía. Cabría, pues, concluir que esta última tendrá competencia para autorizar fusiones "físicas", mientras que las concentraciones puramente "accionarias" quedarán reservadas a la Comisión Federal de Comercio, y así ha sentenciado el Supremo en uno de los pocos casos antitrust suscitados en el ramo (162) fallando que, si está pendiente ante los Tribunales una acción antitrust contra la compra del capital de una propietaria de gasoductos por otra, la Comisión de Energía no puede autorizar la fusión efectiva sino esperar a que recaiga sentencia absolutoria.

Ahora bien, el problema medular es el de los criterios valorativos para decidir si procede o no aprobar una concentración de activos. La Ley habla únicamente de "interés público" o de "conveniencia y necesidad públicas", sin apuntar qué componentes o factores entran en noción tan amplia y general. Como, por otra parte, el artículo once de la Ley Clayton no cita a la Comisión de Energía entre los órganos encargados-

---

(162) California v. Federal Power Commission, 369 U.S. 482

(1962). Ver KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op.cit., págs 321-323.



de velar en su sector respectivo por el cumplimiento del artículo séptimo, resulta, en materia de fusiones de activos, el riesgo de que las autorizaciones se concedan al margen de toda salvaguardia de la competencia, en función únicamente de motivos técnicos. Se plantea, pues, entre ordenamiento anti-trust y derecho especial el mismo divorcio que en la banca antes de la reforma de 1966, con la agravante de que, por lo que la ley de fusiones bancarias de 1960 indicaba, aunque insuficientemente, la necesidad de considerar el efecto posible sobre la tensión del mercado(163).

Como no podía menos de suceder, el gas natural ha tenido su caso Filadelfia, por decirlo familiarmente, es decir, un litigio suscitado por una operación concentradora de gran alcance, y para mayor analogía, ese litigio también se conoce con una denominación geográfica, concretamente El Paso famosa localidad fronteriza, por llamarse El Paso Natural Gas Company la firma protagonista. Esta suministraba ya en noviembre de 1956 más del cincuenta por ciento del consumo de California y llegó a un acuerdo de canje de sus acciones por las de su rival Pacific Northwest Pipeline Corp., que sería absorbida, por lo que, hacia mayo del año siguiente, se había hecho efectivamente, con el 99,8% del capital. Los antecedentes eran significativos: Pacific Northwest era propietaria de un gasoducto que, construido en 1954, unía los yacimientos de San Juan (Nuevo México) al Estado de Washington limítrofe del Canadá. (163) La única disposición de coordinación con el derecho antitrust es el artículo 20, apart. a, de la Ley del Gas Natural, en virtud del cual cuando la Comisión de Energía tenga noticia o indicios de una violación cualquiera del ordenamiento antitrust, deberá trasladar las pruebas de que disponga al Fiscal General, quien incoará "discrecionalmente" el oportuno procedimiento criminal. Este precepto es manifiestamente poco utilizable, por no decir inaplicable, a los proyectos de fusión, donde es la propia Comisión quien, al dar su aprobación, se convierte en legitimadora de un posible acto de restricción competitiva. La Comisión es, en este supuesto, juez y parte hasta cierto punto.

nadá, y servía la costa noroeste del Pacífico. Más tarde - obtuvo autorización para recibir gas canadiense y extender su red de líneas conductoras, y, por fin, adquirió, en las lindes de su gasoducto, determinados yacimientos de las Montañas Rocosas. Además en 1956, Pacific, que no renunciaba a su aspiración tradicional de expandirse por su cuenta en California, trató de asegurarse en exclusiva el suministro al mayor consumidor del Sur de ese Estado, la firma Southern - California Edison Co., que se abastecía de El Paso a través de un distribuidor, y sin garantía contractual de continuidad. Sin embargo, después de largos forcejeos, fue El Paso quien consiguió, rebajando el precio de venta, alzarse con la codiciada exclusiva, episodio que no desalentó a Pacific hasta que por fin se concertó la absorción, según lo expuesto.

El Departamento de Justicia apreció en la compra - accionaria una violación del artículo séptimo de la Ley Clayton y demandó ante los Tribunales( julio de 1957) a El Paso que, alarmada, solicitó de la Comisión Federal de Energía - permiso para adquirir los activos físicos de Pacific, y la Comisión lo concedió. Demandó entonces el Estado de California a la Comisión y el Supremo falló, según dijimos, que la autorización debía ser anulada, por encontrarse la compra - accionaria sub judice, argumentando que, a diferencia de las fusiones aprobadas por la Comisión Interestatal de Comercio, a las cuales la Ley del mismo nombre (artíc. 11) concede "inmunidad" expresa frente a las leyes antitrust, las operaciones que autorice la Comisión de Energía no gozan de este régimen de favor. El Tribunal suspendió, pues, la orden aprobatoria de la Comisión y decretó la confirmación de los autos.- Por su parte, a la vista de la táctica de El Paso, el Departamento modificó su demanda (octubre de 1960), extendiéndola a-

la adquisición de los activos.

El Tribunal californiano de Distrito dispuso que no cabía apreciar reducción de competencia en el área del artículo séptimo, y desestimó la demanda. El Supremo concedió el certiorari solicitado por el Gobierno Federal y casó la sentencia, ordenando en términos tan lacónicos como severos al Tribunal de Distrito "la desposesión sin demora", como castigo de la actitud de los encartados, que, noticiosos de la acusación "casi desde el principio", trataron de soslayarla buscando el apoyo de la Comisión de Energía. Veamos a continuación los considerandos sobre la cuestión de merna de la competencia(164).

Para el Supremo, los autos ofrecían material de prueba "indisputada", y por lo tanto se imponía la conclusión de que "el efecto puede ser el de reducir sustancialmente la competencia". La cuestión era determinar si la adquisición suponía una tendencia suficiente a la mengua de competencia, o si ésta se contrarrestaba por el argumento de que Pacific Northwest no habría podido, como tal entidad independiente, obtener contrato alguno de abastecimiento a las distribuidoras californianas, o recibir el gas o la financiación suficiente para proyectar un gasoducto propio hacia California, o formular, en fin, un proyecto aceptable a los ojos de las autoridades supervisoras.

Invocando los precedentes de Brown Shoe y Philadelphia National Bank, según los cuales se trataba no sólo de impugnar las mernas efectivas de competencia, sino las probables, el Tribunal Supremo subrayaba, en primer término, que, aun careciendo de oleoducto propio en California, Pacific -

(164) United States v. El Paso Natural Gas Co. et al., 373 U.S. 930 (1964). (Ver STELZER; op. cit., págs. 153-158).

- 331 -

Northwest había sido "factor sustancial" de rivalidad en este mercado, ya que si El Paso era el único proveedor efectivo de gas procedente de otros Estados en una zona como la californiana, cuya demanda crecía a un ritmo anual estimado de doscientos millones de pies cúbicos por día, Pacific constituía el otro gran gasoducto al oeste de las Montañas Rocosas. Aunque joven, era próspera y lo bastante fuerte para que El Paso se aviniese a firmar contratos de intercambio con ella. En segundo término, el episodio de Edison demostraba la importancia que El Paso confería a Pacific como "competidor potencial": Hay que medir, continuaba el fallo, el efecto de una concentración empresarial en un mercado por la naturaleza o amplitud de ese mercado y por la cercanía de la compañía absorbida, por su ambición de entrar en él, sus recursos, etc., y así, el hecho de que Pacific nunca vendiese gas en California no desvirtuaba su posición de "factor competitivo", como tampoco la desvirtuaba su fracaso en el episodio Edison. Semejante argumento habría sido de peso tal vez en un mercado saturado, pero de ningún modo en el californiano, que estaba en plena expansión. La realidad es que Pacific gozaba de "proximidad" al mercado de California, y que, de permanecer independiente, habría intentado "explotar su formidable posición geográfica". Se sabía que, por de pronto, existían dos gasoductos para el servicio de la zona, además de El Paso, y que uno de ellos traía el combustible nada menos que desde el Canadá, lo cual probaba las oportunidades que subsistieran para Pacific Northwest de no haber sido absorbida, tanto más cuanto que no era una compañía débil ni en quiebra, ayuna de experiencia o recursos, sino propietaria de uno de los dos mayores gasoductos interestatales de las Montañas Rocosas, con grandes reservas y buena técnica empresarial.

o) Los transportes terrestres: exención parcial del ordenamiento antitrust.

Ya se ha expuesto que, en virtud de la Ley de Comercio Interestatal, los "transportistas públicos" (common carriers) quedan exentos de las leyes antitrust que, en lo tocante al ferrocarril, la Ley de Transporte Nacional de 1920 declaró exinidas de persecución judicial las fusiones que autorizase la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) en el marco de sus planes de reorganización del sector. La razón de este trato de favor reside a la vez en consideraciones técnicas y en razones de seguridad económica nacional: por una parte, el peligro de una competencia ruinosa para todos entre ferrocarril, automóvil, aeroplano y barco (sobre todo para el primero), atendido el volumen ingente de las inversiones necesarias; por otra, la virtual imposibilidad de aplicar la selección natural de los más aptos por el juego del mercado a un sector que canaliza el tráfico nacional de bienes y productos y cuyo colapso acarrearía un infarto cardíaco al sistema económico. No es, pues, sorprendente que desde hace décadas el Tribunal Supremo haya solido confirmar las autorizaciones de la Comisión de Comercio Interestatal en materia de amalgamas impugnadas por el Departamento de Justicia como presuntamente restrictivas de la competencia, y que el propio Departamento haya consentido la consumación de actos fusionistas de dimensión extraordinaria. Así, en el caso Seaboard Air Line Railroad Company (328), el máximo foro sostuvo que la ICC podía aprobar la integración de dos ferrocarriles rivales sin necesidad de pronunciarse sobre si la operación infringía el artículo séptimo del texto Clayton, basándose simplemente en la prioridad del interés general en cuanto a mejora de servicios, mayor seguridad de funcionamiento y costes más bajos. Quizá esta jurisprudencia haya contribuido a que en 1967 se consumara la mayor

- 355 -

fusión ferroviaria en la historia del país al unirse, tras una larga década de negociaciones con las autoridades federales e incidentes judiciales, la primera y la quinta compañías de la nación, Pennsylvania Railroad y New York Central respectivamente, en una nueva sociedad Pennsylvania New York Central Transportation Co., abreviadamente Penn-Central.

Sin embargo, en los últimos años se ha registrado un importante litigio en materia de concentración ferroviaria, - llamado "caso de las Líneas del Norte" por interesar a dos - grandes compañías que cubren el septentrión, entre Minneápolis y St. Paul al Este, y la costa del Pacífico, al Oeste, concretamente Great Northern Railway Company y Northern Pacific Railway Company, más tres filiales, una de las cuales, Burlington, propiedad conjunta de ambas, se extiende a través del Medio Oeste hasta el Golfo de Méjico. La verdad es que las dos - firmas trataban de integrarse desde hacía setenta y tantos años y como se recordará, el año 1904 fueron derrotadas en el resonante asunto Northern Securities, primera gran victoria de la Ley Sherman. En 1961 solicitaron, con arreglo al artículo quinto de la Ley de Comercio Interestatal, el preceptivo permiso de la ICC, la cual lo denegó, tras un largo procedimiento. Repitieron los solicitantes y la Comisión volvió sobre su acuerdo aprobando la operación, no sin que entrambas compañías accedieran a condiciones que, entre otros propósitos, pretendían salvar la posición competitiva de la tercera compañía de la región Milwaukee. En mayo de 1968 el Departamento de Justicia instó la anulación de la orden, alegando que la Comisión que no había considerado las consecuencias adversas para la zona Norte, pero el Tribunal de Distrito dió por unanimidad la razón a la Comisión, después de haber suspendido la operación mientras se sustanciaba la causa. Apeló el Gobierno al Supremo, soste -

niendo que, a pesar del artículo quinto, no procedía aprobar integraciones de compañías en buena situación financiera y al mismo tiempo competidoras, a menos que se probara, y éste no era el supuesto, falta o deficiencia grave en el servicio o que se demostrara que gracias a la amalgama se conseguirían beneficios inasequibles de otro modo. Sin embargo, el Supremo rechazó el recurso, también por unanimidad (caso excepcional) alegando que, primero al aprobar la primitiva Ley de Comercio Interestatal en 1887, y más tarde al votar la de Transporte en 1920 y su revisión en 1940, el Congreso quiso facilitar las operaciones integradoras, en la medida en que coadyuven a la eficacia del sistema, y añadiendo, con base en fallos anteriores, que la competencia es sólo uno de los diversos factores que la Comisión debe estimar en la perspectiva del artículo quinto. Además, estaba demostrado que la fusión daría lugar a ventajas y ahorros de coste, y, por último, las cláusulas relativas a Milwaukee preservaban para todos los expedidores del litoral Pacífico la subsistencia de una alternativa al servicio de las dos entidades fundidas.

El último acontecimiento determinante en el ramo ferroviario ha sido la promulgación en 1970 de una Ley sobre el transporte de viajeros (Rail Passenger Service Act., 84 STAT. 1.327), por la que se autoriza a las diferentes sociedades ferroviarias del país a reagrupar sus servicios de transporte a media y larga distancia en una sociedad única (Rail Passenger Corporation, abreviadamente Antrak), de carácter semi-público, creada para coordinar a nivel nacional el servicio de viajeros y poner a las compañías ferroviarias nuevamente en situación de rivalizar con las líneas aéreas y las de autobuses, y cuyo capital inicial se constituye por una subvención del Gobierno. Indiscutiblemente, la Ley se debe a la resonante y catastrófica suspensión de pagos del coloso Penn-Central, a los tres años

escasos de su nacimiento, y representa el fin de toda una época en la nación prototipo del capitalismo privado.

Una lectura superficial podría llevarnos a la conclusión de que tanto el Tribunal Supremo como el Congreso han desahuciado el ordenamiento antitrust de los transportes terrestres. Nada más alejado, sin embargo, de la realidad: en primer lugar, la causa permanente (estructural, como dicen los economistas) de esta dispensa no es otra que la competencia despiadada que hacen al tren el camión, el autobús y el avión; se restringe, pues, la competencia dentro de un sector precisamente porque hay sobrada emulación desde otros sectores. En segundo lugar, sigue incólume el dispositivo legal que permite al Departamento de Justicia impugnar judicialmente todas las amalgamas que, aprobadas por la ICC, le parezcan restrictivas, y, por último, tanto la ICC como, en su caso, los Tribunales procuran supeditar los actos fusionistas a condiciones y garantías que salvaguarden la competencia efectiva.

### 13.-Las conexiones de cargos directivos: evolución y situación actual.

Como se recordará, el artículo octavo de la Ley Clayton incorporó uno de los puntos esenciales de la plataforma electoral del Presidente WILSON al decretar la prohibición de interconexiones de puestos rectores en empresas competidoras, fenómeno que se conocía con el nombre de "interlocking directorate". El texto del precepto decía: "Ninguna persona será al mismo tiempo director en dos o más corporaciones alguna de las cuales tenga capital, excedentes y beneficios sin repartir por valor total de más de un millón de dólares, dedicadas total o parcialmente al comercio, y que no sean bancos, asociaciones bancarias, compañías de depósito y transportistas ordinarios sujetos a la Ley de Comercio Interestatal.... si esas corporaciones son o han sido hasta ese momento competidoras, en virtud



de su negocio y del lugar donde funcionan, de tal modo que - la eliminación de competencia mediante acuerdo entre ellos - constituiría una violación de cualquier de las leyes antitrust ....". Se advierte que el texto no prohíbe la práctica in ra- dice, no la proscribire de modo absoluto, sino que sólo la de- clara ilícita para el caso de que se trate de empresas compe- tidoras en el presente o en el pasado, y además de que la eli- minación de la rivalidad entre ellas sea ilícita con arreglo a la Ley Sherman o a la propia Ley Clayton. La consecuencia es que la compatibilidad de cargos administrativos y rectores constituye hoy en día uno de los rasgos típicos de la estruc- tura económica norteamericana, y que de ella toman pretexto - economistas, sociólogos y políticos para denunciar la "oligar- quía" del sistema, no sin superficialidad y exageración, como siempre sucede con los fenómenos espectaculares. Por eso cree- mos oportuno analizar en los párrafos venideros la verdadera- magnitud del proceso.

Los años 1914 a 1920 y la década siguiente no sólo - calendaron incrementos apreciables, aunque no decisivos, como se ha visto, en la concentración de los sectores básicos, sino también el desarrollo de la red de interconexiones personales y ya en 1930 un estudio del National Resources Committee (165) comprobó que 225 de las 250 mayores corporaciones tenían por lo menos un directivo que al mismo tiempo era miembro del Consejo de Directores de otra de ellas, y descubrió además que 1 de esas sociedades pertenecían a "...ocho grupos de intereses más o menos claramente definidos".

Durante el New Deal rooseveltiano, las investigaciones del Comité Económico Nacional Transitorio llegaron a rozar el problema pero sólo de modo incidental, y en definitiva el

(165) Cfr. PETER C. DOOLEY, profesor adjunto en la Universidad de Saskatchewan, The interlocking directorate, en American Economic Review, junio de 1969, página 314.

único resultado tangible en el plano legislativo fue la proscripción de la simultaneidad de puestos directivos en las empresas de banca o de servicios públicos(166).

A raíz de la Segunda Guerra Mundial publicó el Departamento de Justicia un estudio sobre el fenómeno, manifestando que su política consistía en tratar sin formalismos procesales con las personas implicadas y convencerlas de que dimitieran voluntariamente, antes que entablar persecución judicial. Sin embargo, en febrero de 1952, y sin perjuicio de reafirmar su intención de proseguir por la vía pacífica, el Departamento interpuso cuatro demandas por concepto del artículo octavo, meses después de que la Comisión Federal de Comercio redactara un informe muy documentado. De todos modos, fue una iniciativa sin mayor surco en la historia de la lucha antitrust. El dato decisivo es que entre la fecha de entrada en vigor de la Ley Clayton y el 31 de diciembre de 1965, el Departamento únicamente planteó diez demandas en el marco del artículo octavo y trece la Comisión Federal de Comercio, de las que doce fueron abandonadas por dimisión de los encausados(167), y la décimotercera terminó en una orden consentida de cese y desistimiento. Ciertamente es que además la Comisión ha combatido la compatibilidad de cargos a través del artículo quinto de su Ley fundacional, por concepto de competencia desleal, y que el Departamento ha empleado en alguna ocasión la Ley Sherman, y se podría incluso argüir en favor de las autoridades federales que si no han litigado más, es porque muy a menudo han tenido éxito en sus negociaciones con los presuntos

---

(166) Así, la Ley Bancaria de 1935 (Ley Pública Nº 74-305, de 23 de agosto); Ley de Compañías Holding de Servicios Públicos del mismo año, en su artículo 17, párrafo c); la Ley de Comunicaciones Federales de 19 de junio de 1.934, artículo 212; y la Ley de Aviación Civil de 1.938, hoy sustituida por la Federal Aviation Act. de 1958 (Ley Pública 85-726, de 23 de agosto 72 STAT. 731).

(167) Cfr. ARTHUR H. TRAVERS, JR., Interlocks in corporate management and the antitrust laws, en Texas Law Review, Vol. 46, julio de 1968, pág. 821.

encartados, y porque la propia existencia del artículo octavo ha supuesto un freno psicológico. Pero no por eso deja de subsistir la fundada impresión de que, según ha dicho con ironía desplazada y cruel un autor (168), "el ataque del Gobierno a la conexiones societarias bajo las leyes antitrust se ha llevado con toda la notoriedad del éxito y fervor que caracterizaron las principales campañas del ejército italiano en la Segunda Guerra Mundial".

En todo caso las conexiones personales entre los Consejos directivos de las grandes sociedades norteamericanas han continuado desarrollándose, aunque no tanto como se tenía, según demuestra un estudio elaborado para 1965 (169). El Comité de Recursos Nacionales había seleccionado en 1935 las doscientas mayores corporaciones no financieras y las cincuenta primeras de tipo financiero, por volumen de activos; el estudio de 1965 ha escogido un grupo semejante, basándose en las listas del Fortune Directory. Claro es que las doscientas cincuenta de 1965 no eran las mismas de 1935, pues sólo ciento cuarenta de las de 1965 podían identificarse de modo inmediato en la lista de 1935, pero de todos modos el método sigue siendo científicamente válido. He aquí los cuadros comparativos (los datos de 1935 son, evidentemente, los del Comité):

TABLA I.- Distribución de puestos directivos:

Número de puestos ocupados por una persona	1.935		1.965	
	Número de personas	Número total de puestos	Número de personas	Número de puestos
1	2234	2234	2603	2603
2	303	606	372	744
3	102	306	123	369
4	48	192	49	196
5	19	95	13	65
6	6	36	5	30
7	6	42		
8	3	24		
9	1	9		
Total:	2.722	3544	3165	4007

(168) TRAVERS, op.cit., pág. 822

(169) Cfr. PETER C. DOOLEY, op.cit.

De este cuadro se deduce que el aumento del número de total de puestos, concretamente de 3.544 a 4.007, es bastante moderado, ~~como el del~~ ~~total de~~ ~~total de~~ personas titulares de 2.722 a 3.165. Si nos fijamos en el número de personas que en 1935 tenían dos o más cargos y lo comparamos con la misma magnitud referida a 1965, observamos que las cifras son respectivamente 488 y 562, y que arrojan una diferencia proporcionalmente menor que los números totales. Incluso cabe apreciar una tendencia inversa si se cotejan los puestos totales ocupados en 1935 y 1965 por una persona que al mismo tiempo era titular de otros (o sea, los de todos los renglones menos el primero): efectivamente, 1.502 cargos eran simultaneados por así decir, en 1935 y sólo 1.404 en 1965. Se advierte, además, a primera vista, que si en 1935 había entre los directivos de las doscientas cincuenta primeras sociedades quienes pertenecían a seis o más de ellas, en cambio no quedaba ninguna en esta situación el año 1965.

La conclusión es, pues, al menos prima facie, que la magnitud del fenómeno ha crecido en mínima medida, y que desde luego sus manifestaciones o aspectos extremos han disminuído proporcionalmente, lo cual se confirma con el detalle de que, según otro cuadro que se elaboraba comparando, no los puestos ni el número de individuos, sino las sociedades o corporaciones mismas, en 1965, estaban interconectadas 233 compañías, es decir, sólo ocho más que las 225 del año 1935. Ahora bien, quizá el detalle más interesante para nuestra exposición es la estimación del número de vinculaciones directoriales entre firmas competidoras en 1965: así, 133 conexiones, de un total de 1.049 en el ramo industrial atrico sensu; ninguna de un total de 97 en el sector comercial; 25 entre 265, en los transportes; 2 entre 309, en los servicios públicos. Sumadas estas cifras para toda la parte no financiera de la economía -

americana, daban 1720 conexiones en total, y sólo 160 entre competidores. La situación no era la misma para el sector financiero: en bancos, de 514 vínculos intersocietarios, 82 afectaban a competidores; en seguros de vida, de 246, 55 se anudaban entre compañías rivales. En definitiva, sendos totales de 760 y 137. Si puntualizamos los porcentajes respectivos, resultan el 9,3% para las empresas de carácter no financiero y el 18%. Si se adicionan los totales para el conjunto del sistema económico, se obtiene 2.480 nexos intersocietarios y 297 nexos entre competidores, y el porcentaje de los segundos respecto a los primeros es del 11,9%, resultado que inspira al autor la afirmación evidente de que aproximadamente una conexión de cada ocho se da entre empresas competidoras.

La impresión que se deduce es que, por una parte, han errado palmariamente las Casandras, marxistas o no, que precisamente hacia 1932, en la era rooseveltiana, profetizaban la inexorable absorción de la economía nacional por doscientas empresas gigantes para la mitad del siglo, y, más aún, el señoreamiento de esos doscientos colosos por una oligarquía poco menos que inexpugnable. Ahora bien, no cabe desconocer que el fenómeno del pluriempleo, si se nos permite un término castizo de la sociología española, tampoco tiende a desaparecer ni siquiera menguar, y que, sobre todo, las autoridades federales no han logrado evitar que casi el doce por ciento de las empresas competidoras en el conjunto del sistema estén vinculadas entre sí por uniones personales que socavan el espíritu de lucha y dinamismo. No ha lugar a pesimismos jereníacos, pero tampoco hay base para el optimismo panglosiano. Por lo tanto, se impone examinar en los párrafos próximos las lagunas y defectos de la legislación y si se han formulado o no en los últimos años propuestas concretas de reforma.

Por de pronto, tanto el Departamento de Justicia como la Comisión Federal de Comercio denuncian tenazmente diversas fisuras en el artículo octavo y han pedido más de una vez desde 1950 su modificación. Concretamente cuatro son las grietas señaladas: en primer lugar, que el artículo únicamente es aplicable cuando la persona en cuestión es director en sentido formal de las dos compañías de que forma parte, no si es director en una de ellas y ocupa en la otra cargo distinto, por alto que sea y aunque funcionalmente equivalga a un puesto de dirección; segundo, que el precepto no cubre las conexiones "verticales", es decir, las que se dan entre dos compañías que, situadas en escalones sucesivos de producción o distribución, se relacionan como de proveedor a cliente; tercero, la norma no alcanza a las conexiones "indirectas", por ejemplo, las que pueden surgir entre dos compañías competidoras a través del Consejo directivo de una sociedad de inversión que tenga colocados parte de sus fondos en esas firmas; y en cuarto y último término, quedan fuera las vinculaciones entre compañías que horizontal o verticalmente sólo tienen relación potencial.

En 1964, el Representante CELLER, coautor de la reforma del artículo séptimo y presidente a la sazón del Comité Judicial de la Cámara baja, postuló una nueva legislación más severa y dió instrucciones al personal técnico del Subcomité Antitrust para que hiciera un estudio y formulara recomendaciones. Efectivamente, el grupo de trabajo elaboró una proposición de ley conforme a lo sugerido por las autoridades federales, y en octubre de 1965 CELLER presentaba una propuesta (H.R. 11.572) articulada. Sin embargo, el texto pareció en el Comité, al expirar el período legislativo núm. 89 del Congreso. En enero de 1967, CELLER reprodujo virtualmente el proyecto, pero no tuvo mejor fortuna. En todo caso, precisemos -

que, según la proposición de referencia, sería ilegal que:-  
"una persona cualquiera que sea director, alto funcionario o empleado con funciones de dirección, de una empresa dedicada al comercio, ejerza simultáneamente el cargo de director, alto funcionario o empleado con funciones de dirección, o tenga un representante o delegado (noninee) que haga sus veces como director, alto funcionario o empleado con funciones de dirección, en otra empresa que (a) sea competidora efectiva o en potencia; (b) sea cliente o proveedor o fuente de crédito o capital, efectivamente o en potencia, o (c) cuyo principal negocio de hecho o de propósito consista en tener acciones de otra empresa en el comercio o en controlarla".

Por lo demás, CELLER preconiza el límite mínimo actual del millón de dólares y prevé una excepción para el caso de que una de las empresas posea directa o indirectamente más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de la otra, o de que más del cincuenta por ciento de esas acciones en cada una de las firmas se encuentre inmediata o traslaticianamente controlado por la misma persona. Finalmente, el proyecto faculta al Fiscal General para autorizar un vínculo directorial si se demuestra cumplidamente que el nexo es compatible con los "objetivos de las leyes antitrust, considerados todos los elementos de juicio pertinentes". En esencia, como apuntan algunos comentaristas(170), el proyecto pretende establecer una ilegalidad per se para los nexos directoriales no regulados hoy por el artículo octavo.

Algunos autores han tratado de construir un ensayo-inductivo de la parva jurisprudencia existente (ARTHUR TRAVERS, jr., por ejemplo). Así, se afirma a la vista de senten-

(170) Ver nuevamente el trabajo de ARTHUR TRAVERS, jr., en la Texas Law Review, páginas 833 y siguientes.

oias como la del caso Estados Unidos v. Sears, Roebuck & Co. (Distrito Sur de Nueva York, 1953), que se ha llegado virtualmente a declarar ilegales per se las conexiones entre compañías competidoras, y se razona con acierto que así debe ser, ya que, evidentemente, la presencia simultánea de un directivo en dos o más compañías rivales no puede obedecer a más designio que el de restringir la competencia, aparte de que, a menudo, la conexión directorial no es más que efecto y manifestación de un acuerdo o pacto colusivo entre las empresas. En cambio, no está tan clara la opción en materia de conexiones verticales. Salvo en casos particulares, el nexo entre proveedora y cliente a través de un consejero o administrador común no acarrea a la competencia impedimentos insuperables, y, por otra parte, estimula frecuentemente diversas mejoras técnicas en el comercio. En conjunto, nada indica que los Tribunales se propongan establecer una regla de ilicitud per se. Tampoco se perfila, en fin, una solución categórica para el supuesto de firmas "competidoras en potencia", ya que, salvo excepción, toda firma es en teoría competidora o rival posible de otra, aunque quiepa esperar que las autoridades federales aprecien en un caso concreto un peligro de restricción eventual de competencia y que si los directivos implicados en la interconexión no se avienen a dimitir, el asunto suministre así a los tribunales ocasión de pronunciarse.

Señalemos, por último, que el artículo décimo de la Ley Clayton prevé, en lo específicamente relativo a las conexiones verticales que afecten a compañías de transporte, una garantía que podría servir de modelo, si el Congreso se decidiera a extenderla al conjunto del sistema económico, como defensa de la igualdad de oportunidades competitivas frente a la comunidad de directivos entre empresas proveedoras y empresa clientes. Se dispone, en efecto, que cuando un "transportista ordinario"



concierte transacciones en valores, abastecimientos u otros artículos de comercio o suscribir un contrato de construcción o conservación por valor total de más de cincuenta mil dólares al año, con una compañía o empresa cualquiera en que figure como presidente, directivo, jefe de ventas o de compras - una persona que al propio tiempo desempeñe uno de estos cargos o funciones en la empresa transportista, deberá la transacción o contrato verificarse inexclusivamente por concurso de ofertas (competitive bidding) con las garantías de publicidad y procedimiento que establezca la Comisión de Comercio Interestatal a la cual habrá que comunicar el resultado del concurso en los treinta días siguientes.

#### 14.- Balance de la política antitrust y de la concentración económica en las dos últimas décadas.

Veinte años son ya período suficiente para analizar con perspectiva histórica, sobre todo en contraste a la primera mitad de siglo, cómo ha evolucionado la estructura industrial, y qué influencia ha ejercido la legislación y jurisprudencia de fusiones tanto más cuanto que ha sido precisamente a partir de 1950 cuando ha surgido una línea definida de acción en la Administración y los Tribunales.

##### a) La evolución de las operaciones concentradoras desde la Segunda Guerra Mundial.-

En primer lugar, es inexcusable reconocer que a partir de 1949, año que, según la Comisión Federal de Comercio - (171), registró el nivel mínimo de la postguerra, los Estados Unidos experimentan un tremendo proceso de aglutinamiento que se ha acelerado en la segunda mitad de la década 1960-1969 y no lleva trazas de parar, si bien con fluctuaciones interanuales. Así, de 1950 a 1953 la tendencia fue discretamente as -

(171) Ver Informe anual relativo al año fiscal finalizado el 30 de junio de 1967, págs. 42 y siguientes.

cendente; en cambio, en 1954 y 1955, el número de fusiones - y adquisiciones experimentó fuerte incremento, movimiento que se prolongó en 1956. Por el contrario, 1957 y 1958 fueron de relativo relajamiento. Desde 1959 se reanudó el impulso prácticamente <sup>y</sup> puede decirse que, salvando breves pérdidas de velocidad, la carrera fusionista ha pasado del trote ligero al galope tendido, si bien en los dos últimos años nuevamente parece apuntar otra deceleración. De todos modos, las concentraciones recientes, concretamente las del quinquenio 1965-1969, no han consistido tanto en fusiones clásicamente horizontales, cuanto en integraciones verticales y sobre todo en aglutinamientos heterogéneos de la variedad "conglomerada", con lo que resulta un incremento absoluto en la magnitud de los activos, pero no necesariamente un incremento relativo del poder de mercado de las grandes empresas, que es lo esencial en la perspectiva antitrust.

No hemos creído necesario citar cifras detalladas para el período de 1950-1960. Digamos simplemente que de 1951 a 1960 inclusive desaparecieron "por lo menos" 8.588 empresas independientes (172) como resultado de fusiones y adquisiciones societarias, y de esta cifra total nada menos que 1.050 operaciones correspondieron a 1950 y 1.012 a 1960. Es mucho más interesante estudiar la década siguiente, que acaba de expirar, - y como introducción reproducimos unos cuadros de la Comisión Federal de Comercio en su estudio especial de 1968 sobre la concentración de la economía nacional a través de amalgamas societarias (173):

---

(172) KRONSTEIN, MILLER & DOMMER, op.cit., págs. 99-100

(173) Current Trends in Merger Activity. Otras fuentes como la Sociedad consultora W.T. Grimm & Co. de Chicago, dan cifras distintas para algunos años. Por ejemplo, para 1967, Grimm ha calculado 2.975 adquisiciones, es decir, 691 más que la FTC - y para 1968, nada menos que 4.462, lo que supone 459 más. Pero en definitiva las diferencias no alteran el sentido general de la corriente estudiada.

Adquisiciones

1960..1961..1962..1963..1964..1965..1966..1967..1968..

1345..1724..1667..1479..1797..1893..1746..2384..4003..

Ahora bien, el aspecto fundamental es, a juicio de los economistas de la Comisión, que se han multiplicado literalmente las adquisiciones de firmas grandes, entendiendo por grandes las que tienen activos superiores a diez millones de dólares, y aumenta el volumen total de activos a que afectan las operaciones fusionistas. A tenor de los datos publicados en el lapso 1948-1968, han sido absorbidas 1.277 "compañías manufactureras y mineras" con activos de diez millones de dólares o más, según la siguiente tabla:

Año	Nº firmas adquiridas	Activos (millones de \$)	Promedio activos
1948	4	65	16
1949	5	67	13
1950	4	173	43
1951	9	201	22
1952	13	327	25
1953	23	679	30
1954	35	1420	41
1955	67	2115	32
1956	58	2036	35
1957	49	1459	30
1958	39	1118	29
1959	64	1958	31
1960	62	1708	28
1961	59	2129	36
1962	72	2192	30
1963	68	2917	43
1964	91	2798	30,7
1965	93	3900	41,9
1966	101	4100	40,89
1967	169	8222	48,7
1968	192	12616	65,7

La Comisión ha precisado, distinguiendo subgrupos de dimensión, que fueron 509 las sociedades adquiridas en el escanlón comprendido entre diez y veinticinco millones de dólares y que esta cifra representó el 46,6% del número total de las compañías de esa dimensión, así como el 44,4% de los activos globales de esas entidades en 1966. Por lo que se refiere a las doscientas mayores corporaciones en 1965, la Comisión ha

deducido que entre 1948 y 1965 hicieron, por lo menos, 2692 - adquisiciones, cuyo valor global en activos alcanzó 21.500 millones de dólares, volumen que supera el de todos los activos de las ciento cincuenta corporaciones que en 1948 ocupaban los puestos cincuenta y uno hasta al doscientos. En resumen, de 1948 a 1966 las doscientas primeras corporaciones hicieron compras societarias que, si numéricamente sólo llegaron al treinta por ciento a la totalidad global, suponían en valor el sesenta por ciento de todas las adquisiciones de envergadura.

Naturalmente, se ha intentado medir la repercusión - de esta oleada avasalladora en la llamada "concentración global" (aggregate concentration) del sistema, poniendo en relación tanto para 1965 como para 1950 el volumen, por una parte, de los activos de las doscientas mayores compañías y por otra, el de todos los activos del sector manufacturero, y extrayendo los porcentajes respectivos. Así ha llegado la Comisión a los siguientes resultados:

Concentración relativa de los activos manufactureros en 1950 y 1965:

<u>Grupo de tamaño societario</u>	<u>Porcentaje de los activos totales</u>	
	<u>1950</u>	<u>1965</u>
las 5 mayores .....	9,6%	11,8
las 10 mayores .....	14,5	18,0
las 20 mayores .....	20,7	24,6
las 50 mayores .....	30,2	35,2
las 100 mayores .....	38,6	45,4
las 200 mayores .....	46,7	55,4

Ahora bien, el informe puntualiza que al mismo tiempo se expandió con un "enorme crecimiento" el conjunto del sistema, hasta el punto de que el número total de corporaciones manufactureras se estiró hasta cincuenta y cinco mil unidades - (reparemos en que hacia 1950 existían en los Estados Unidos - unas 318.000 empresas industriales), "Así, esta galaxia de - unas grandes firmas relativamente escasas extendió su partici-

pación en un universo que a su vez se estaba expansionando - rápidamente durante el periodo".

Determinados grosso modo la magnitud absoluta del proceso y el grado de concentración relativa del sistema, queda por resumir el aspecto más concreto, y científicamente mucho más importante, del índice de concentración de mercado, es decir, la participación de las firmas dominantes o principales en las ventas de un producto en particular, y como la propia Comisión ha advertido, si bien la concentración global y la de mercado pueden guardar mutua relación, no se mueven necesariamente en la misma dirección. Realmente, el interés de la concentración del mercado radica en que está directa e inmediatamente conectada a la polaridad competencia-monopolio, e indica dónde se sitúa una industria determinada dentro del espectro que va de un polo a otro. Pues bien, la Oficina del Consejo del Comité senatorial Antitrust y de Monopolios calcula periódicamente, mediante sendas "ratios" de concentración, los porcentajes de la producción o de los envíos totales de cada grupo de artículos o mercancías con que han contribuido las cuatro, ocho o veinte mayores empresas del ramo correspondiente, y así, ha comprobado que en 1963 el veintisiete por ciento de la producción manufacturera de los Estados Unidos se obtuvo en industrias altamente concentradas donde cuatro sociedades suponían el cincuenta por ciento o más de la producción nacional. (174).

En este punto el instrumento esencial de análisis fue una colección de 213 industrias "esencialmente comparable" estudiadas en un periodo de dieciséis años, (1947-1963). De los índices obtenidos la conclusión expresa es que en conjunto no se ha registrado "tendencia marcada" a la concentración;

(174) Cfr. Informe anual citado de la FTC para el año fiscal finalizado el 30 de junio de 1967, págs. 52 y siguientes

concretamente, 86 sectores han experimentado declives de tres puntos porcentuales o más( con índices basados en las cuatro primeras firmas) y otros 81, por el contrario, aumentaron tres puntos o más, como demuestran los cuadros siguientes:

<u>A. Número de sectores</u> Índices de concentración	Número de industrias en que los índices de concentración		
	<u>aumentaron</u>	<u>se mantuvieron</u>	<u>baja</u> <u>ron</u>
Basados en 4 firmas .....	81	46	86
Basados en 8 firmas .....	95	50	68

B. porcentaje del número de sectores

Índices de concentración	Porcentaje de industrias en que los índices de concentración		
	<u>aumentaron</u>	<u>se mantuvieron</u>	<u>men-</u> <u>guaron</u>
Basados en 4 firmas .....	38	22	40
Basados en 8 firmas .....	45	23	32

Las cifras parecen indicar que la concentración no ha subido tanto en las cuatro empresas punteras de los diversos ramos en general como en el grupo doblamente numeroso formado por las ocho mayores, matiz muy importante, ya que el comportamiento de ocho empresas dominantes es mucho más difícil de conjeturar y definir que el de cuatro. Por lo demás, la Comisión ha distinguido dos etapas, a su juicio, perfectamente caracterizadas: la de 1947 a 1958, que arroja un descenso en la concentración media, y la de 1958 a 1963, que, opuestamente, muestra una inequívoca tendencia aumentativa, derivada del hecho de que 73 sectores acusaron sendos incrementos porcentuales de tres o más puntos en sus índices de concentración, y de que sólo 49 acusaron decremento.

En general, se ha evidenciado mayor tendencia a la concentración en las industrias de bienes de consumo que en las de bienes de equipo e inversión. Dentro de las primeras, en el subsector de las "no diferenciadas" el número de las de índice disminuido superó en un diez por ciento al de las que-

experimentaron alza, pero en las "moderadamente diferenciadas" y más aún en las "muy diferenciadas" se ha dado el caso opuesto: respectivamente, el doble y el cuádruplo de subida.

Otro dato interesante es la proporción que dentro del volumen total de inversiones de las sociedades con activos de diez o más millones de dólares han representado las compras o absorciones de otras compañías, ya que así podemos deducir, al menos aproximadamente, la contribución real que ha tenido la política de anexiones en el crecimiento de las grandes firmas. Según datos de la Oficina Económica de la Casa Blanca, así como de la Comisión Federal de Comercio para las décadas 1948-1968, el porcentaje ha subido en flecha(175), pasando de un modestísimo 1,3% en 1948 a un formidable 44,6% en 1968. En realidad, el salto se ha registrado en 1967, con un 29,2%, más del doble que el 14,4% de 1966. Estas cifras cobran más relieve aún si se le confronta al cálculo, según la Comisión, de que ya las 2.320 compañías censadas en 1966 con activos de diez o más millones de dólares controlaban el ochenta y tres por ciento de los activos industriales y el ochenta y cinco por ciento de los beneficios globales en el sector manufacturero.

En resumen, los datos expuestos son más matizados de lo que algunas expresiones de las autoridades investigadoras, por ejemplo, la de "enorme movimiento fusionista", expresan; incluso diríamos que en ciertos aspectos son desconcertantes, casi paradójicos. Por un lado, se habla de cifras espectaculares e índices de crecimiento galopante, y se admite que la mayor parte de los activos industriales y financieros se acumula sin cesar en manos de las firmas poderosas, más por otro lado

(175) Ver ponencia de JESSE W. MARKHAM, Firm behaviour and policies on monopolies, mergers and restrictive practices en el grupo II de la Conferencia Internacional de Cambridge de septiembre de 1969 sobre Monopolios, fusiones y prácticas restrictivas.

se desprende del análisis de las estadísticas concretas de cada sector, salvo excepciones, una impresión general de estabilidad, ¿En qué quedamos? Si hay cada doce meses más fusiones, y si aumenta sin cesar el importe medio de la masa de activos adquirida en las operaciones, no se explica cómo al cabo de veinte años de proceso aglutinador la situación de conjunto no ha variado sensiblemente. Nuestra perplejidad es tanto más fundada cuanto que otros estudios no menos concienzudos elaborados de 1950 acá por economistas tan eminentes como los profesores M.A. ADELMAN(176), A.D. H. KAPLAN(177) y JESSE W. MARKHAM(178), apuntan las mismas o parecidas deducciones, anén de otras tan sugestivas como la de que es mayor de lo que comúnmente se piensa la movilidad, mejor dicho, la variación sostenida en la lista de las doscientas primeras compañías del país, y la de que, si alta es la "mortalidad empresarial", no menos pujante es la natalidad, de tal modo que el número total de empresas se mantiene, aunque con tendencia sólo ligera, al aumento.

En principio, cabría analizar sin más demora cuál ha podido ser el efecto, si es que lo hubo, de la legislación y jurisprudencia en materia de fusiones sobre el movimiento analizado, pero una exposición honesta impone antes la necesidad de consignar las graves y fundadas objeciones que en los medios económicos privados y en sus portavoces editoriales se formulan contra los criterios de confección de las estadísticas sobre estructura empresarial, ya que sólo esas objeciones permitirán obtener una visión imparcial y ponderar en justos términos el alcance del proceso. Quizá sea SANFORD ROSE quien en un reciente artículo (179) mejor ha sintetizado las críticas de índole téc

(176) Autor, entre otros trabajos de Readings in Industrial Organization and Public Policy, Edit. Richard D. Irwin Inc., 1958 (págs. 40-43) y Postwar Economic Trends in the United States, Edit. Harper, 1960.

(177) La empresa en un sistema de competencia, págs. 129-178 y tablas a lo largo del texto.

(178) Encuesta sobre demostración de las fusiones y sus resultados, en la obra Business Concentration and Price Policy Universidad de Princeton (1955).

(179) Business is a numbers game, Fortune, noviembre de 1969, - págs. 113 y sigs.



nica a la proposición de que el poder económico se concentra-  
crecientemente en los Estados Unidos proposición basada en -  
"estadísticas novedizas que emiten una información nebulosa".

En primer lugar, recuerda el objetor que los econo-  
mistas suelen utilizar el término "concentración" en dos acep-  
ciones diferenciadas, que ya distinguen los estudios oficiales  
de la Comisión, aunque no con las mismas palabras; por un lado  
concentración "mega-societaria" (megacorp. concentration) que  
según hemos visto, consiste en el porcentaje representado por  
las ventas o activos de las principales cincuenta, cien, dosci-  
tos o quinientas compañías manufactureras respecto a las ven-  
tas y activos totales de la industria nacional; por otro lado  
"concentración del mercado", la cual se mide por el porcentaje  
que determinan las ventas de las cuatro (u ocho) firmas prin-  
cipales de un sector respecto a las totales del ramo. Como ex-  
plica plásticamente el proponente, es posible, al menos en te-  
oría, que la primera esté en alza en todos los sectores de los  
417 que figuran en el Censo Oficial de Industrias, y que al  
mismo tiempo la segunda mengüe, si aumentan los sectores don-  
de la mayor parte del volumen de ventas corre a cargo de en-  
presas relativamente pequeñas, desarrollándose a ritmo mucho  
mayor que los dominados por gigantes. A la inversa, puede  
acontecer que la concentración mega-societaria se incremente-  
rápidamente mientras decrece la de mercado en cada industria,  
en caso de que las mayores compañías del país estén diversi-  
ficando sus actividades en una multitud de sectores, que es-  
precisamente lo que ha sucedido en la década pasada con los  
principales conglomerados. En la hipótesis extrema, si las  
doscientas mayores compañías siguiesen creciendo hasta el pun-  
to de representar la totalidad de los activos nacionales y al  
mismo tiempo se diversificaran todas tanto que fuese idéntica  
la proporción de cada una en las ventas de los distintos ramos

ninguna de ellas podría representar más del 0,5% de las ventas de sector alguno. Las corporaciones serían monstruosamente grandes, pero ninguna compañía tendría en el mercado poder de influencia sobre los precios o el volumen de transacciones o para impedir la difusión de innovaciones técnicas.

Otra objeción no menos importante: no basta observar que un sector concreto está dominado al cincuenta por ciento por una minoría de firmas, por ejemplo cuatro, ya que el comportamiento efectivo de esas cuatro, y en definitiva, de las restantes competidoras, depende en buena parte de la comparación entre ellas mismas. Si una sobresale con el treinta por ciento, y la siguen las otras tres con el veinte por ciento - cada una, es muy posible que la primera adopte una posición de hegemonía y las otras se resignen a seguirla, adaptándose a sus reacciones (follow-the-leader pattern). Si, por el contrario, cada una de las cuatro tiene el 12,50% de las ventas y no hay diferencia apreciable entre ellas, será mucho más intensa la competencia. Ahora bien, no existen datos oficialmente publicados sobre el grado de "asimetría" entre las cuatro compañías de cada industria, porque una vieja ley prohíbe a la Oficina del Censo revelar los nombres de las entidades y sus porcentajes de ventas del mismo modo que en España la Ley del Instituto Nacional de Estadística de 11 de abril de 1945 veda la divulgación de datos individuales. En este asunto, observa ROSE, más avanzado que los Estados Unidos está el Japón, - pues publica datos completos sobre las proporciones del mercado que representan en cada ramo productivo las diez primeras compañías.

Hasta aquí, las críticas generales de naturaleza teórica. Veamos ahora las pertinentes al método concreto seguido por el Censo. Todos los envíos hechos por una fábrica en un período determinado, sea cual sea el artículo, se atri

buyen implícitamente a la industria a que esa fábrica se dedica de modo principal. Así, si una factoría produce el artículo X por valor de cuatrocientos mil dólares anuales, y el Y por importe de sólo trescientos mil, y el producto Z por el mismo valor, se asigna el millón entero al rengón X, mecanismo susceptible de conducir a cálculos grotescos. Por ejemplo, las sociedades petrolíferas suponen aproximadamente el setenta por ciento de la fabricación de lubricantes y grasas, por lo que su actividad queda incluida en la partida 2,911.- que es la relativa al petróleo, a pesar de que existe un renglón aparte, el 2,992, precisamente para "aceites lubricantes y grasas". No es difícil imaginar que todo índice de concentración en el sector 2,992 carece de valor, porque sólo cubre un tercio de la manufactura nacional. Ciertamente es que, para corregir el defecto, la Oficina publica también para cada sector un "índice de especialización en el producto principal" (primary product specialization ratio), así como un "índice de cobertura" (coverage ratio), el primero de los cuales dice qué porcentaje de las ventas totales de las fábricas clasificadas se refiere a las ventas del artículo correspondiente y qué proporción vende de otros artículos, sin especificar cuáles, mientras que el segundo mide el porcentaje que en las ventas totales de un artículo clasificado procede de las fábricas dedicadas principalmente a obtenerlo y, por lo tanto censadas en ese renglón, y qué proporción se debe a fábricas ajenas al sector, sin decir cuáles son. Pero, a menos que entranbos índices suplementarios sean muy altos, el porcentaje nominal de concentración ofrece una medida poco fidedigna de la situación real, y muchos economistas aconsejan escepticismo a la vista de los índices nominales, a menos que los de especialización y cobertura alcancen o superen el ochenta y cinco por ciento. Pues bien, apunta ROSE, en más de una cuarta

parte de los sectores incluidos en el informe del Comité del Gobierno sobre Estabilidad de Precios (1969), los porcentajes de especialización y de cobertura no alcanzaban el límite mínimo. Por otra parte, estos correctores sólo se publican con referencia al conjunto de cada sector; no existen índices disponibles para las cuatro mayores compañías; en consecuencia, si sus plantas están más diversificadas que el promedio de la industria, el índice de concentración será excesivo. Ejemplo, si los envíos totales de una industria se evalúan en cien millones de dólares y la participación de las cuatro primeras firmas es de cincuenta, el exponente del sector será evidentemente del 50%. Pero, si las factorías de las cuatro sólo están especializadas al 60% en el producto clasificado como típico de la industria y en cambio las firmas menores están especializadas al 80%, resultará que las empresas dominantes sólo suponen el 43% de las ventas de ese artículo. Naturalmente, también es válida la proposición inversa: si los "cuatro grandes" están menos diversificados, o sea, más especializados, que el promedio del sector, el índice quedará debajo de la realidad; en otras palabras, tendrán aquellas empresas mayor poderío en el mercado del que revelan las cifras. La cuestión no es baladí, ya que contra el supuesto, sostenido por los funcionarios gubernamentales, de que los cuatro primeros tienen las mismas probabilidades de quedar por encima como de quedar debajo del promedio del sector en punto a diversificación, la experiencia demuestra que las compañías de envergadura son precisamente las que más se dedican a producciones múltiples, como ha reconocido la propia Oficina del Censo en algún informe.

Otro defecto de perspectiva es el inducido por el tratamiento estadístico de exportaciones e importaciones. Por una parte, no se incluyen las importaciones en el Censo, omisión que en algunos sectores operantes con las ventas naciona-

les que proceden del extranjero, por ejemplo el del papel - prensa con fuertes importaciones del Canadá, puede dar impresión exagerada de la concentración real. Por otra parte: se excluye la porción del rendimiento nacional que se exporta, por lo cual, en sectores donde las cuatro compañías mayores se dediquen más a la exportación que las empresas pequeñas, se exagera también el exponente de concentración.

Desde un prisma técnico cabe discutir también la elección de 1947 como dato de partida para las estadísticas de referencia, ya que fue un año de coyuntura boyante en que, como suele ocurrir en los períodos de prosperidad y expansión, la actividad fusionista fue relativamente escasa y que, por otra parte, todas las empresas sin distinción de talla participaron intensamente en las ventas. En consecuencia, al establecerse la comparación con un nivel inicial anormalmente bajo de concentración, se ha supervalorado la tendencia de los años posteriores.

Otros dos hechos limitan sobremedida la validez de las estadísticas oficiales: primero, los índices no se han sometido a la necesaria ponderación según la importancia del sector respectivo, sino que simplemente se han sumado y luego dividido por el número total de sectores, con lo cual se obtuvo una media aritmética simple que no refleja el significado económico del proceso; segundo, las 213 industrias a que las estadísticas se refieren no son plenamente representativas del sistema manufacturero, ya que, por una parte, los renglones del Censo son nada menos que 417 en total y, por otra, las ventas sólo suponían en 1963 la mitad del valor de todas las industriales de la nación. Respecto al primer punto, raya, por ejemplo, en lo absurdo asignar la misma importancia al índice de concentración del refino de petróleo que al del ramo de explosivos, pues en términos de ventas totales, el petróleo es -

sesenta veces más importante que los explosivos. Respecto al segundo, hay sectores nuevos y dinámicos que no figuran en las tablas, como los instrumentos de medición electrónica o desde fecha reciente, muchas aplicaciones químicas.

Prescindiendo de alargar, por ociosa, la exposición de la crítica de ROSE, pasemos a los posibles efectos de la política antitrust sobre la estructura descrita, no sin previamente dejar constancia de que el proceso concentrador no es tan rudo ni inexorable como determinados organismos gubernamentales y algunos economistas lo pintan.

b) Balance provisional de la política antifusionista.-

En cierto modo, los propios estudios de la Comisión Federal de Comercio proclaman en vanguardia la relativa eficacia del dispositivo anti-monopolio, señalando que, precisamente desde la aplicación del artículo séptimo anti-fusiones en su figura renovada de 1950, las empresas poderosas, conscientes de la vigilancia de las autoridades federales, han dejado prácticamente de absorber firmas competidoras o lo hacen en medida mucho menor y prefieren adquirir firmas de otros sectores, para evitar la acusación de "mera de competencia" o "tendencia al monopolio". En efecto, el informe anual correspondiente a 1967 dice (págs. 62-63): "El carácter cambiante del movimiento fusionista ha reflejado en parte los efectos disuasorios de las resoluciones anteriores y de las normas legales establecidas en materia de fusiones horizontales... Así, en los últimos cuatro años (1963-1966), el porcentaje de todas las fusiones grandes (adquisiciones de firmas con activos de diez o más millones de dólares) de tipo horizontal ha decaído al 12%, en comparación al 40% durante los primeros cuatro años de (aplicación de) la Ley Celler-Kefauver antifusiones (1951-1954). Las fusiones verticales aumentaron ligeramente en importancia relativa, del 12% al 15%, mientras que las fusiones

heterogéneas se han elevado al 73% del total, comparadas con el 51% en el período anterior".

Algo parecido opina dos años después el Fiscal General JOHN N. MITCHELL (180): "Desde 1948 a 1951, las fusiones horizontales y verticales alcanzaban el 62% de toda la actividad fusionista. El Departamento de Justicia acentuó su esfuerzo de aplicación del artículo séptimo de la Ley Clayton y de la enmienda Celler-Kefauver.... Entonces (las fusiones de referencia) fueron disminuyendo poco a poco: las horizontales y verticales representaron el 48% de todas las fusiones de 1952 a 1959; el 39%..... de 1960 a 1963; el 22% de 1964 a 1967 y sólo el 9% en 1968". Inversamente, continúa MITCHELL, las fusiones conglomeradas han saltado del 38,1% en el período 1948-1951 al 91% el año 1.968.

Es, sin embargo, el profesor de Harvard JESSE W. MARKHAM quien en una ponencia aún reciente(181) mejor ha puntualizado la situación: "Cualquiera que haya podido ser el inpacto de la política de fusiones... en el volumen total de integraciones, está claro que esta política ha afectado significativamente a los tipos de fusiones y adquisiciones que efectúan las firmas de negocios;.... en fusiones que implican firmas adquirentes con (activos de) diez millones de dólares o más, se ha producido un espectacular desplazamiento de las adquisiciones horizontales y verticales hacia las adquisiciones heterogéneas. Desde 1951, la tendencia en las fusiones horizontales y verticales, en términos del porcentaje de activos adquiridos en conjunto con motivo de integraciones de envergadura, ha decaído marcadamente mientras que la corriente de fusiones heterogéneas ha subido hasta el punto de haberse convertido en la forma dominante de adquisición. En 1968 las fu-

(180) Discurso pronunciado el 6 de junio de 1969 en la asamblea anual del Colegio de Abogados de Georgia, en el hotel Desoto-Hilton, de Savannah.

(181) Exposición ya citada sobre "El comportamiento de la firma y la política de monopolios, fusiones y prácticas restrictivas", ante el Grupo II de la Conferencia internacional de Cambridge celebrada en septiembre de 1969. Ver página 8.

siones conglomeradas han representado el 84% del número total de grandes integraciones y el 89% del conjunto de los activos adquiridos a través de fusiones grandes". Estas cifras, que estadísticamente sí que merecen crédito, puesto que una operación integradora es siempre fácil y segura de contabilizar, sugieren a MARKHAM que uno de los "nuevos acontecimientos" en la política antitrust ha consistido precisamente en que "las prohibiciones legales erigidas contra las fusiones y adquisiciones horizontales y verticales desde 1950, incluyendo las líneas orientadoras del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio anunciadas al público en 1968, han hecho extremadamente arriesgados estos medios de expansión, especialmente para las firmas que operen en mercados altamente concentrados ya".

De lo anterior se deduce una primera realidad fundamental: los órganos federales anti-trust han conseguido desde la reforma legislativa de 1950, mantener dentro de límites tolerables el proceso de integración a la vez horizontal y vertical que comenzara a partir de la Segunda Guerra Mundial, con lo cual se han eliminado de momento cualesquiera amenazas directas de monopolio. Ahora bien, no sólo estas operaciones sino las amalgamas "conglomeradas" representan, como hemos visto, un peligro grave para la libertad e igualdad de competencia(182). Indaguemos, pues, si la política de defensa de la competencia ha operado con eficacia en esta parte del frente.

(182) En su citado informe, MITCHELL ha resumido los peligros del "conglomerado" en cuatro apartados: a) acuerdos de reciprocidad entre los miembros del conglomerado; b) eliminación de competidores potenciales; c) expansión de estructuras comerciales de escala nacional, así como de los recursos de capital y de los presupuestos de publicidad, que llevará aparejada la posibilidad de que, por el solo hecho de su magnitud, el "conglomerado" obtenga descuentos o bonificaciones en los fletes de transporte y en las tarifas publicitarias y d) formación, al cabo de cierto tiempo, de "una comunidad de intereses" entre los diversos gigantes, es decir, un acuerdo tácito entre ellos de no hacerse competencia las filiales respectivas en los mercados donde tengan fuerte participación.



la Administración ni los Tribunales han reaccionado frente al desarrollo de complejos multi-sectoriales polifacéticos, calificados por algunos de tumores cancerosos en los tejidos del sistema económico. Pero también es pertinente advertir que tras la sentencia Procter & Gamble (1967) la situación se ha invertido de modo tan espectacular como inesperado. No es del caso discutir ahora si, como afirma BORK en su comentario al fallo (vide supra, pags. 279-280), el Supremo ha tomado postura efectivamente contra todo lo que pueda significar aumento de eficiencia en una empresa de envergadura por el solo hecho de que la firma sea de dimensión sobresaliente, ni si ha cometido como también pretende BORK, la falta de lógica de penalizar la superioridad de ciertas firmas, so pretexto de que supone "una barrera a la entrada" de nuevos competidores, pero sí debemos transcribir las palabras siguientes: "Sano o no, ahí lo tenemos - un razonamiento dudoso que se ha convertido en ley. Y habiéndose tornado ley, tendrá consecuencias". La teoría de la competencia potencial parece así proyectar la nube del artículo séptimo sobre cualquier adquisición de una compañía grande en una industria concentrada por una compañía que fabrique productos afines.

Los propios hombres de negocios no se han recatado de expresar su descontento por la ofensiva contra los conglomerados. Así, LING (maccarthysmo económico y caza de brujas") y GLEN MCDANIEL, presidente de Litton, denuncian las "teorías abstractas" de agencias y tribunales federales, actitud que ha cristalizado en la plataforma del republicano NIXON en las últimas elecciones presidenciales, al prometer al sector de los complejos pluri-sectoriales que se vería libre de "los planes engorrosos, burocráticos, ordenancistas" de la Administración

las oficinas antitrust prosiguen la campaña contra los conglomerados con mayor tenacidad aún, si cabe, que bajo el mando - democrata, como demuestran los casos iniciados en 1969 contra fusiones diversificadoras como la adquisición por International Telephone and Telegraph Corporation de la Canteen Corporation, la Grinnell Corporation y la Hartford Fire Insurance Company - y los anuncios públicos por parte de entrambas agencias anti-trust (el Departamento y la Comisión) de que proyectan perseguir con mayor celo en el futuro las llamadas fusiones conglomeradas.

Ahora bien, cabe a primera vista impugnar el optimismo de las citas anteriores, ya que las fusiones de índole heterogénea han crecido en 1968 a un ritmo fantástico, nunca igualado, y que por lo tanto no parece haber producido mayor resultado la ofensiva gubernamental. A esto respondemos con dos observaciones: primera, que ya en 1969, según impresiones provisionales, el número y volumen de fusiones de envergadura ha cedido apreciablemente, fenómeno que la prensa económica atribuye en buena parte a la política antitrust; segunda, que, según es público y notorio, muchas firmas poderosas han renunciado a proyectos de absorción por la alta probabilidad de que se declarasen ilegales. Como apunta MARKHAM (ponencia, pág.8) - "sólo una de las diez corporaciones primeras en la lista de Fortune de 1968 de las mayores corporaciones industriales han adquirido por valor de diez o más millones de dólares desde 1964, y ésta fue una operación relativamente pequeña, por aplicación de la gana de producción" (184). El preopinante añade

(183) Cfr. Nation, del 28 de octubre de 1968, artículo de H.L. NIEBURG, "Conglomerates... the total corporation". El autor es profesor de Ciencia Política de la Universidad de Wisconsin (Milwaukee).

(184) El autor se basa expresamente en las cifras oficiales de la Comisión Federal de Comercio, sobre "grandes fusiones en la industria y la minería" de 1948 a 1968, publicadas en abril de 1969.

que sólo cinco de las primeras cuarenta han adquirido firmas con activos de diez o más millones desde 1966, y que en los años recientes la actividad de fusiones y absorciones entre las firmas "muy grandes" ha estado concentrada "casi totalmente" en los conglomerados de envergadura y en las compañías petrolíferas. Aun así el autor reconoce que si en 1967 y 1968-  
les mayores cien corporaciones hicieron sólo cuatro "grandes" adquisiciones horizontales (o sea, de firmas con activos iguales o superiores a diez millones de dólares), en cambio efectuaron 47 adquisiciones voluminosas de índole heterogénea. Positivamente en los últimos tiempos se nota sensible decadencia en términos relativos, de las operaciones de "expansión de gama productiva" y "extensión de mercados geográficos", en cierto modo afines a la fusión horizontal, y por eso mismo susceptibles de persecución por concepto antitrust, y en cambio un aumento importante de las integraciones entre empresas que fabrican artículos absolutamente distintos, sin relación alguna funcional ni económica, donde no cabe, por lo tanto, articular reproche de restricción de competencia(185). En 1965 las adquisiciones del segundo género sólo suponían el tres por ciento de los activos totales objeto de adquisiciones "voluminosas" de todas clases, mientras que en 1968 representaban ya el 43%.

Sin necesidad de estirar esta exposición, queda suficientemente demostrada la repercusión benéfica de la política anti-fusionista en el comportamiento de las empresas eminentes. Que esa repercusión sea o no satisfactoria desde la perspectiva de la estructura económica de los Estados Unidos, es tema distinto; que lo actualmente realizado no sea sino una parte de lo que se puede y debe emprender, es también materia opinable,

---

(185) MARKHAM, ponencia, pag. 8.

Indicios de que, efectivamente, queda mucho por hacer en el área de la que cabría llamar política de estructuras, son que el Fiscal MITCHELL anunciara en junio de 1969 que el Departamento se propone impugnar toda fusión entre las doscientas primeras firmas manufactureras o empresas de dimensión comparable en sectores no manufactureros (banca o seguros, por ejemplo), y que "probablemente" el Departamento impugnará toda adquisición o absorción por una de esas doscientas de cualquier empresa que figure entre los fabricantes principales de un sector cuyo grado de concentración sea alto. Pero de lo que no cabe duda es que la acción del Departamento y de la Comisión ha sido factor disuasivo de eficacia fulminante en un crecido número de casos, y que sin su intervención el esquema del sistema estadounidense no sería lo que es. Lo que parece claro es que durante la década 1950-1960 la política anti-trust permaneció muy debajo de sus posibilidades, aunque experimentara un despertar propicio; en cambio, el balance de la década 1960-1970 es francamente positivo, a pesar del alud de amalgamas conglomeradas; y, sobre todo, lo decisivo es que se ha creado una jurisprudencia abundante y sistematizada que, según los medios económicos reconocen, será punto menos que imposible invalidar o destruir.

Por último, recojamos nuevamente, para rebatirla, la imagen superficial de que la política antitrust es como el policía de servicio que mira hacia otro lado distinto de donde se está cometiendo el delito, pues con argumento tan peregrino habría que licenciar a toda la policía de Nueva York. Que el Departamento y la Comisión hayan dejado evadir entre las mallas de su formidable dispositivo investigador, decenas o centenares de fusiones de relativa importancia entre los miles que anualmente vigilan, no significa ni mucho menos fracaso, pues a esos presuntos fallos habría que oponer los

éxitos obtenidos sin necesidad siquiera de seguir procedimientos judiciales, por ejemplo, en el caso ya citado de ITT-ABC, o en el intento de BETHLEHEM para absorber a Cerro y sobre todo el centén de proyectos fusionistas, cuya cuantía exacta nunca sabremos ni podremos saber, que no pasaron de estado germinal por temor de sus autores a una persecución judicial.

### II.- Conclusiones.

A guisa de resumen, éstas son las principales facetas del ordenamiento norteamericano en materia de concentración:

Primera.- Es un auténtico derecho de estructuras que se preocupa no sólo de regular las prácticas comerciales propiamente dichas, sino también de limitar la dimensión de las empresas en proporción a la envergadura del mercado, y, en los últimos tiempos, el grado de poder económico general que puedan alcanzar.

Segunda.- Como típico producto anglosajón, es un ordenamiento pragmático que se ha ido forjando y ampliando en una línea evolutiva. Pragmático, porque atiende más al resultado económico que a la forma institucional de la concentración, más al hecho de que desaparezca una empresa como competidor independiente que a la figura jurídica de ese hecho; evolutivo, porque a lo largo de las décadas se han ido rellenando lagunas y prohibiendo tipos determinados de operaciones no previstos explícitamente en la ley originaria (ejemplo, Leyes Clayton de 1914 y Celler-Kefauver de 1960).

Tercera.- No enuncia prohibición alguna de modo absoluto, no contiene declaración alguna de que las fusiones y participaciones dominantes sean ilícitas per se, ni mucho menos supedita las amalgamas o adquisiciones accionarias o comunidades de directivos a una previa autorización gubernativa o ju-

389  
dicial. Unicamente se ha estipulado una prohibición genérica y condicional, a saber, que será ilícita toda concentración - que, según la Ley Sherman, produzca "restricción del comercio" o constituya "intento de monopolizar" o que, según la Ley Clayton, sea susceptible de "restringir la competencia en cualquier sector del comercio en una parte cualquiera de los Estados Unidos" o se concrete en una tendencia a la "formación de un monopolio" en una parte del País y en un sector determinado.

Cuarta.- También con marcado espíritu de flexibilidad pragmática, la Ley ha eludido toda fijación precisa de criterios cuantitativos, ni en cifras absolutas ni en términos relativos, sobre cuáles son las concentraciones indeseables y asimismo evita toda delimitación geográfica del concepto de mercado. Han fracasado hasta ahora en el Congreso todas las propuestas de reforma legislativas formuladas con este fin.

Quinta.- En consecuencia, es a los Tribunales federales a quienes corresponde soberanamente la apreciación de sí en un caso concreto, a la vista de las circunstancias económicas de las empresas protagonistas y del mercado en que se desenvuelven, hay o no peligro o intención de monopolizar o de restringir la competencia. Igualmente son ellos y sólo ellos quienes deciden en cada asunto cuál es el área geográfica que constituye el mercado, y cuáles los productos o servicios que deben tomarse como referencia.

Sexta.- A partir de la Segunda Guerra Mundial, la jurisdicción federal no sólo ha declarado ilícitas ciertas concentraciones horizontales, es decir, entre competidores efectivos, sino también algunas verticales o sea, entre una firma proveedora y otra cliente suya en acto o en potencia, y últimamente también las heterogéneas o "conglomeradas", entre firmas que producen artículos distintos, o bien el mismo artículo en zonas distintas y no comunicadas.

Séptima.- No es necesario probar que el acto concentrador produce ya o ha producido resultados restrictivos o monopolísticos; basta demostrar la probabilidad racional de esos resultados en un futuro previsible. Desde el caso Brown Shoe (1962) el Tribunal Supremo insiste en que no hacen falta "certidumbres", ya que son suficientes las "probabilidades". Es la teoría de la "competencia potencial", de la que últimamente el Departamento de Justicia ha abusado, invocando la simple "posibilidad" de eliminación de la "competencia potencial" entre las firmas fusionantes, abusos que afortunadamente han sido reprimidos por diversos Tribunales de Distrito.

Octava.- Al principio la jurisprudencia no consideraba como ilícita una amalgama por el simple hecho de que alguna de las firmas implicadas fuese de gran envergadura ("nere size is no offence"), pero en las últimas décadas se ha invertido radicalmente la actitud (aunque no sabemos si para siempre), y se suelen condenar las concentraciones de empresas de dimensión principal, especialmente en los sectores donde sólo hay una minoría de grandes oferentes, tesis caricaturizada con la frase "tamaño vale tanto como maldad" ("bigness is badness").

Novena.- No se suele admitir como eximente el hecho de que la operación reporte ventajas de eficacia y racionalización, si es a costa de que desaparezca como firma independiente una empresa viable. En la alternativa, oligarquía colonialista y super-racionalizada frente a pluralismo mediano, aunque menos racionalizado, la magistratura parece haberse inclinado decididamente por el segundo.

Décima.- La única excepción admitida, con interpretación marcadamente restrictiva, es la llamada "compañía desfalleciente" ("failing company"): sólo será lícita la absorción

causados que la firma adquirida está abocada a la quiebra o suspensión de pagos, que no tiene virtualmente posibilidad de recuperación y que se ha realizado todos los esfuerzos posibles para traspasarla a otra firma que no suponga un peligro de monopolio o restricción de la competencia.

Undécima.- Las operaciones son impugnables no sólo a priori, o sea, antes de consumarse, sino también a posteriori, o sea, después de consumadas. En el primer caso, los Tribunales pueden, anén de prohibir definitivamente la amalgama en la sentencia final, dictar interdicto de suspensión; en el segundo, pueden ordenar que se disuelva o deshaga la concentración, mediante el correspondiente auto de enajenación forzosa de las acciones o de los activos adquiridos, como demuestra la sentencia Dupont de Nemours (1962), o de prohibición de ejercer el voto correspondiente a los títulos accionarios comprados como instrumento de control.

Duodécima.- Además, los Tribunales están facultados para imponer restricciones comerciales a las empresas encausadas, ora como complemento de una sentencia prohibitiva, ora, por el contrario, como condición para que la sentencia sea aprobatoria: por ejemplo, prohibirles que vendan en ciertas zonas o que adquieran allí fábricas o instalaciones, incluso que las monten por su cuenta, o, en otro caso, obligarlas a comprar o a vender a firmas determinadas, o a renunciar a las instalaciones que posean en ciertas zonas. De este modo, la magistratura no agota sus poderes en un simple pronunciamiento, sino que puede regular, y lo hace a menudo, una parte notable de la conducta y política de mercado de las empresas.

Décimotercera.- Aunque teóricamente una fusión es perseguible, según la Ley Sherman, tanto como delito criminal como por vía civil, la inmensa mayoría de las concentraciones se sustancian por lo civil.



Décimocuarta,.- Igual que para los demás tipos de infracciones antitrust, existe posibilidad de que la parte presuntamente perjudicada por una concentración reclame judicialmente indemnización del triplo de los daños sufridos, y el caso se ha dado, pero ha sido mínimo el número de éxitos obtenidos por esta vía.

Décimoquinta,.- Existen dos órganos competentes a escala federal para perseguir las infracciones al ordenamiento antitrust en materia de amalgamas: el Departamento de Justicia, con su División Antitrust, y la Comisión Federal de Comercio, creada por la Ley del mismo nombre en 1914. El primero puede invocar tanto la Ley Sherman como la Ley Clayton; la segunda, sólo la Ley Clayton. Como no hay deslinde legislativo ni reglamentario de sectores económicos entre uno y otra, cabe en teoría la posibilidad <sup>que</sup> de uno de entrambos órganos invada la esfera del otro, pero no ha ocurrido así, debido a la estrecha colaboración entre ellos y a que se ha especializado cada uno en ramos determinados (por ejemplo, el Departamento se encarga de vigilar el sector siderúrgico y la Comisión el ramo del cemento). En teoría, sus facultades procesales no son las mismas: el Departamento puede solicitar interdicto suspensivo (preliminary injunction) de los Tribunales para impedir que se consuma un proyecto de concentración mientras se sustancia la causa, mientras que la Comisión no puede hacerle por ser una simple "agencia especializada", pero de hecho la diferencia tiende a borrarse, ya que en los últimos años la jurisprudencia entiende que también a solicitud de la Comisión puede un Tribunal, por aplicación del derecho procesal, dictar medidas cautelares y suspensivas en materia de amalgamas. No es que se le haya reconocido expresamente a la Comisión el derecho que tiene el Departamento, pero a efectos prácticos el resultado es el mismo.

Decimosexta..- Tanto el Departamento como la Comisión disponen de amplias facultades para llegar con las partes a soluciones de transacción y evitar litigios judiciales, hasta el punto de que aproximadamente el setenta y cinco por ciento de los casos antitrust se resuelven de este modo. El Departamento puede asimismo otorgar en ciertos casos certificado de dispensa a una operación determinada, si se lo pide una de las partes y el Departamento lo considera justificado.

Décimoseptima..- Para informar y ayudar los medios de negocios, tanto el Departamento como la Comisión han empezado recientemente a publicar para sectores determinados unas reglas orientadoras de fusiones que especifican los tipos de amalgama considerados ilegales en principio. El criterio fundamental (aunque no el único) es la participación porcentual de las firmas en las ventas nacionales de un artículo o servicio, así como, en algunos ramos, la magnitud absoluta de la empresa, amén de la proporción que supongan las cuatro, seis u ocho firmas principales en el volumen global de ventas del sector, con lo cual no se hace sino confirmar la actitud de desconfianza y hostilidad a toda concentración entre "grandes" o en que participe alguno de ellos.

Décimooctava..- Los sectores especiales como la banca, los transportes, la electricidad, la radio, el gas natural, el petróleo y la energía atómica, están sometidos a leyes propias (por eso se les llama "industrias reguladas") que limitan hasta cierto punto la competencia entre las empresas en aras del interés general y la seguridad nacional y que casi siempre recortan la posibilidad de aplicar las normas antitrust ordinarias, si bien en medida variable. En general, las "industrias reguladas" están sometidas a órganos ejecutivos especiales, que, entre otras atribuciones,

ceptivo, a toda fusión, quedando excluida la Comisión Federal de Comercio, pero con obligación de considerar, entre otros puntos, la necesidad de preservar un grado razonable de competencia. Ahora bien, una vez otorgada la licencia por una de esas agencias, puede el Departamento de Justicia, si estima que la operación es injustificadamente restrictiva o monopolística, impugnar el acuerdo ante la jurisdicción federal, supuesto que se da muy a menudo. Hasta ahora, en algunos sectores como la banca y el gas natural la magistratura ha sido rigurosa, dando la razón al Gobierno; en otros como los ferrocarriles y en menor medida los transportes por carretera, ha sido, por el contrario, más bien indulgente.

Décimonovena.- La práctica de directivos y consejeros comunes entre empresas, limitada, aunque no prohibida in radice, por la Ley CLAYTON, no ha sido combatida con todo el ardor necesario, y son pocos los casos judiciales registrados y muy parva, por lo tanto, la jurisprudencia, pero el fenómeno ha quedado estabilizado en los niveles, sustanciales pero no graves, de la cuarta década del presente siglo.

Vigésima.- Como consecuencia de la actividad desplegada por los órganos antitrust y la jurisdicción federal, especialmente a partir de 1950, se observa que ha disminuido proporcionalmente el número total de concentraciones horizontales, así como el de las verticales, que son las que más directamente e intensamente plantean el peligro de monopolio o restricción de la competencia, y ha aumentado, por el contrario, la proporción de las amalgamas conglomeradas, si bien éstas tampoco quedan inmunes de persecución. Asimismo se percibe que son ya pocos los casos de fusión entre las doscientas o trescientas mayores empresas del país, las cuales se sienten

estrechamente vigiladas y sienten lógico temor a incurrir - en infracción de las leyes Sherman y Clayton. Es más ha bastado en ocasiones el simple anuncio por la Comisión o el Departamento de una investigación sobre un proyecto determinado de amalgama, para que renunciaran sus protagonistas a materializarlo.

Vigésimoprimer..- Finalmente, gracias a la política antitrust, y a pesar de sus fracasos y de su variabilidad - a lo largo de ochenta años (fundamentalmente por la vinculación política de las agencias ejecutivas y del propio Supremo), cabe decir que se ha contenido en límites tolerables el proceso, por lo demás, importante y amentativo, de concentración de la economía norteamericana. Lo que está claro en 1970 es que, contra las predicciones agoreras de algunos economistas en los años treinta, el sistema económico no caído, ni mucho menos, en manos de doscientos monopolios. Es, pues, injusto y exagerado decir que el ordenamiento antitrust ha sido ineficaz como instrumento de política de estructuras.

...the ...  
...the ...  
...the ...  
...the ...  
...the ...  
...the ...  
...the ...  
...the ...

10-11-68  
 10-12-68  
 10-13-68  
 10-14-68  
 10-15-68  
 10-16-68  
 10-17-68  
 10-18-68  
 10-19-68  
 10-20-68  
 10-21-68  
 10-22-68  
 10-23-68  
 10-24-68  
 10-25-68  
 10-26-68  
 10-27-68  
 10-28-68  
 10-29-68  
 10-30-68  
 10-31-68  
 11-1-68  
 11-2-68  
 11-3-68  
 11-4-68  
 11-5-68  
 11-6-68  
 11-7-68  
 11-8-68  
 11-9-68  
 11-10-68  
 11-11-68  
 11-12-68  
 11-13-68  
 11-14-68  
 11-15-68  
 11-16-68  
 11-17-68  
 11-18-68  
 11-19-68  
 11-20-68  
 11-21-68  
 11-22-68  
 11-23-68  
 11-24-68  
 11-25-68  
 11-26-68  
 11-27-68  
 11-28-68  
 11-29-68  
 11-30-68  
 12-1-68  
 12-2-68  
 12-3-68  
 12-4-68  
 12-5-68  
 12-6-68  
 12-7-68  
 12-8-68  
 12-9-68  
 12-10-68  
 12-11-68  
 12-12-68  
 12-13-68  
 12-14-68  
 12-15-68  
 12-16-68  
 12-17-68  
 12-18-68  
 12-19-68  
 12-20-68  
 12-21-68  
 12-22-68  
 12-23-68  
 12-24-68  
 12-25-68  
 12-26-68  
 12-27-68  
 12-28-68  
 12-29-68  
 12-30-68  
 12-31-68

EL REGIMEN LEGAL DE CONCENTRACION EN LOS ORDENAMIENTOS DE  
PATRON NORTEAMERICANO: JAPON Y CANADA.

Tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial, el Japón estuvo militarmente ocupado por su vencedor los Estados Unidos, que se propusieron, y hasta cierto punto lograron, destruir sus estructuras políticas y económicas con un vasto programa "democratizador". Como veremos, la aplicación entre 1947 y 1950 de una rigurosa cirugía para disolver los principales grupos empresariales, en una palabra la desconcentración industrial y financiera, fue el proceso más característico y espectacular, así como la adopción, virtualmente impuesta nanu militari, de una legislación anti-monopolio más severa en algunos puntos que las Leyes SHERMAN y CLAYTON.

El Canadá se ha inspirado parcialmente, por obvias razones de vecindad geográfica y sobre todo de subordinación económica, en el modelo estadounidense, prefiriendo elaborar, mutatis mutandis, una legislación prohibitiva no sólo de prácticas estrictamente comerciales, sino también de operaciones orgánicas susceptibles de abocar a estructuras monopolísticas.

A) JAPON.

1.- Estructura económica del Japón al término de la Segunda Guerra Mundial: el capitalismo semifeudal de las "zaibatsu".

-a) Factores históricos.

En 1853 la marina de guerra norteamericana irrumpe, al mando del comodoro PERRY, en los remotos puertos del archipiélago nipón, secularmente replegado en aislamiento xenófobo e inmovilista. A los quince años se derrum-

ba una vetusta arquitectura socio-política de clanes feudales (los sanurais) y se instaura una monarquía centralizada que emprende a marchas forzadas la transformación de un pueblo estancado en una nación moderna. Antes de tres décadas el Imperio del Sol Naciente se convierte en emporio industrial y mercantil y en potencia marinera y centrífuga, que anexiona Corea, Manchuria y Formosa, asinila con prodigiosa eficacia los mecanismo y técnicas occidentales y adapta sus instituciones básicas, excepto la institución monárquica de origen divino (el Mikado), al patrón europeo. Es la Era Meiji, la edad de las luces. Japón accede, pues, al primer plano del capitalismo internacional, sin haber pasado por una etapa más o menos dilatada de evolución burguesa, civilización urbana y liberalismo político y económico; por el contrario, el salto responde a la intervención decisiva del Estado como planificador de las líneas generales del desarrollo, administrador de los servicios públicos primordiales y dispensador de subsidios y concesiones a la empresa privada. Ahora bien, si no fue la burguesía, ¿qué estamento asumió las riendas de la aventura industrial?

Todos los historiadores han subrayado el papel decisivo de una minoría de grandes familias comerciantes estrechamente asociadas a los sanurais, a quienes la Revolución Meiji había trocado de señores feudales en aristocracia militar y militarista del nuevo régimen. Esas familias suministraron, efectivamente, al Estado imperial los ingentes recursos indispensables de capital y experiencia bancaria y mercantil, y contribuyeron a financiar los grandes proyectos de obras públicas e industria pesada, a cambio de pingües concesiones. Pronto recibieron estos clanes el apelativo tan plástico como equívocamente halagador de "zaibatsu", literalmente

"camarillas del dinero". De entrada controlaron los principales bancos y contribuyeron de modo decisivo, de acuerdo con el Gobierno imperial, a la aportación de capital para empresas de importancia estratégica, tanto en Corea y Manchuria como en el archipiélago. La mayoría de las industrias montadas a gran escala técnica y financiera se desarrollaron bajo el signo y la acción de las zaibatsu, cuyos nombres más brillantes han sido Mitsubishi, Mutsui, Sumitomo y Yasuda, y como tales han sobrevivido al desmantelamiento acometido por los ocupantes de 1.945 a 1.950.

Las zaibatsu ofrecen quizá el ejemplo histórico más puro y significativo de un capitalismo financiero que al desarrollarse engendra el capitalismo industrial, bajo el signo de una fuerte concentración. Efectivamente, las zaibatsu abrieron su carrera fulgurante en el ramo bancario y crediticio y terminaron instalándose en todos los sectores clave: industria manufacturera, minería, transportes. La evolución obedeció a un factor tan sencillo de reconocer como arduo de superar: la falta de una masa de ahorro popular y, por consiguiente, la carencia de un mercado de capitales propiamente dicho. Como ha explicado sugestivamente G.C. ALLEN (86), "la ausencia de una vasta clase de inversores en valores industriales justificaba la formación de un grupo de bancos especiales de inversión encargados del financiamiento de empresas a escala nacional, -- tanto en Japón como en el Continente. El carácter de los bancos comerciales ordinarios fue determinado por la estructura de la industria y por el subdesarrollo del mercado de valores. Por una parte, había numerosísimas pequeñas empresas industriales y comerciales cuyo rápido crecimiento exigía capital

---

(86) A Short Economic History of Japan, pág. 57. Londres, 1.961 edit. ALLEN & UNWIN.



a largo y a corto plazo. Para atenderlas surgieron bancos locales independientes. Por otra parte, se desarrollaron los de urbes populosas que, vinculados a las grandes casas negociantes con amplia serie de actividades industriales y mercantiles y estrechas relaciones con el Estado, movilizaron parte del capital del país y lo canalizaron a las empresas controladas por esas firmas". Fue multiplicándose el proceso en virtud de su propia dinámica, y así es como a pesar de la juiciosa legislación de fines de siglo, desde el principio resultó impracticable en Japón, como en otras naciones de desarrollo tardío (España, por ejemplo), la regla de oro de la especialización bancaria, es decir, separación rigurosa entre banca comercial y banca industrial. El mismo ALLEN (op.cit., págs. 58-59) ha explicado cómo el régimen de banca mixta abocó inevitablemente a reforzar el poder de las zaibatsu: "Los bancos ordinarios no podían desarrollar un sistema de depósitos de tipo inglés en un país que no se prestaba a los pagos en cheques y donde no había disponibilidad de grandes volúmenes de papel comercial de primera clase. La concentración de la mayoría de las empresas de envergadura en manos del Gobierno o de algunas familias principales, que apenas lanzaban emisiones públicas de acciones, determinó la carencia de valores industriales fácilmente negociables. Confrontado a esta fisonomía del mercado de capitales y falta de una tradición de inversión industrial, el público japonés prefería movilizar sus ahorros colocándolos, a título de depósitos fijos en los bancos ordinarios, recursos que en su mayor parte se invertían por estas empresas industriales. Lo cual acrecentó el poder financiero de los grandes grupos de negocios, ya que cada uno de ellos podía fácilmente por medio del Banco que controlaba obtener fondos para sus empresas".

dientes, es decir, ajenos a las zaibatsu: por ejemplo, Okura, en el sector comercial, la minería y los tejidos; Asano en el cemento, la minería, el hierro y el acero y la maquinaria pesada; Furukawa con la minería y el refinado del cobre y el material eléctrico, pero hacia 1.929, año en que se suele cifrar el zénit de su poderío, las zaibatsu ocupaban una posición -- mucho más fuerte no sólo por la magnitud de sus empresas y -- sus estrechas relaciones con el Gobierno, sino por la enorme diversidad de sus actividades: minería, metalurgia, industria mecánica, maquinaria y material eléctricos, textiles, papel, cemento, vidrio, productos químicos, astilleros navales, líneas de navegación, comercio doméstico y exterior, banca y -- seguros, de tal modo que cada zaibatsu era un imperio intersocietario, con una sección en cada uno de los sectores básicos de la economía.

Hasta aquí los factores estructurales, suficientes para explicar la situación; mas también las fluctuaciones coyunturales, y concretamente las ondas depresivas, inherentes a toda economía de mercado, aun sometida a fuerte intervención estatal, han agudizado, si cabe, el proceso, al arrojar en brazos de los grupos dominantes, según ley universal del desarrollo capitalista, a multitud de empresas arruinadas o en dificultades por la caída de los precios o la atonía de la demanda. Así, en la dura crisis financiera de 1.927, muchas posesiones de la casa Suzuki pasaron al clan Mitsui. Ahora -- bien, fue en el sector bancario donde más se notó el efecto -- concentrador. Los dieciocho meses siguientes a junio de 1.927 fueron un período de fusiones durante el cual se redujo el número total de bancos ordinarios de 1.359 a 1.030, reducción -- a la que no fue ajena, justo es apuntarlo, una revisión de --

las leyes bancarias que, aprobada precisamente en 1.928, elevó considerablemente la cifra mínima de capital necesario para operar en Tokio, Osaka y otras ciudades. El hecho fue, en definitiva, de que 2.285 bancos en 1.918 se pasó a 913, es decir, sensiblemente menos de la mitad, en el año 1.930, y que, dejando aparte los bancos especiales, casi el tercio del negocio total quedó en manos de los "cinco grandes", o sea, Mitsui, Mitsubishi, Dai-ichi, Sumitomo y Yasuda, de los cuales cuatro pertenecían a las zaibatsu.

b) Estructura de los grupos empresariales.

Como observación preliminar, consignemos que había un rasgo común a las zaibatsu y los restantes tipos de complejos o agrupaciones: la organización piramidal, rematada por una holding que impartía inapelablemente sus directrices a todo el sistema, dejando a sus miembros una simple autonomía de ejecución, lo cual no supone novedad alguna respecto al esquema clásico de la holding. La nota relativamente original era el profundo desarrollo de las holdings intermedias como jefes de cada uno de los sectores o ramos en que funcionaban las firmas del grupo y correa de transmisión de las instrucciones. La jerarquía era tan minuciosa y vertical como el cuadro mismo de relaciones políticas y sociales. Normalmente, el grupo tenía varias filiales clave, que, encargadas de la coordinación entre las diversas firmas, fueron bautizadas por la Comisión Liquidadora de Holding establecida en la postguerra por las autoridades americanas con el apelativo de "filiales designadas" (designated subsidiaries), y que, a su vez, podían subdividirse, según su categoría, entre "filiales designadas de primera línea" y "filiales designadas de segunda línea". Venían a continuación las "filiales ordinarias" de la holding.

las filiales ordinarias, o de alguna de las "designadas" (187). Así, el grupo Mitsui presentaba al final de la guerra, según la Comisión, el siguiente cuadro (excluyendo sus 104 empresas eléctricas, integradas virtualmente en el sector público):

<u>Holding</u> suprema .....	1
Filiales "designadas" .....	22
Filiales ordinarias de la 1ª .....	50
Filiales de las designadas (excepto comercio y minería) .....	81
Filiales comerciales .....	60
Filiales mineras .....	31
Subfiliales de las filiales ordinarias de la <u>holding</u> suprema .....	27
<u>T O T A L .... 272</u>	

Las técnicas de control de la holding suprema eran, en definitiva, las clásicas en las sociedades de sociedades: propiedad del capital en grado variable, lazos de personal directivo, crédito y centralización de compras y ventas. Naturalmente, el medio más importante consistía en la posesión directa por la entidad soberana de grandes paquetes accionarios de las filiales básicas, a lo cual se añadían a menudo, las posesiones directas de la familia rectora, así como participaciones cruzadas entre las filiales. De los datos de la Comisión Liquidadora, al finalizar la contienda en 1.945, se deduce que, a pesar de la variedad de porcentajes de participación según los grupos y, dentro de cada grupo, según las filiales,

---

(187) Cfr. (tesis doctoral) ELEANOR HADLEY, Antitrust in Japan, pág. 27. Princeton University Press, 1.970.

piedad, ora de la holding principal, ora de la familia dominante, ora de otras filiales "designadas", siendo lo normal la simultaneidad de las tres titularidades.

Con independencia de su grado de participación inmediata en las filiales clave, la holding rectora nombraba directamente a sus directivos, o, después de escoger un presidente de toda confianza, delegaba en él la designación de los demás administradores, a reserva de confirmarla. Asimismo se repetía la práctica de la participación simultánea en los órganos de varias sociedades, como garantía de que el grupo funcionaría indivisamente y de que cada administrador atendería, ante todo, los intereses del complejo. Las filiales básicas solían estar ampliamente representadas en el Consejo de la holding y ésta en los de aquéllas, amén de las conexiones directas entre filiales. Sin perjuicio de tales lazos, los grupos recurrían a menudo a pactos contractuales por los que los directivos de las filiales se comprometían documentalmente a trasladar toda una serie de asuntos a la holding dominante para que ésta -- ejerciese su "orientación".

Se aseguraba aun más la coordinación en los grupos mayores mediante los institutos financieros y las compañías comerciales de que disponían. El banco o establecimiento de crédito del complejo se encargaba de satisfacer las necesidades financieras de las firmas, y así la holding suprema se reservaba el arma suprema del control económico. No era infrecuente que la holding tomara a préstamo del banco y luego prestara a las filiales los fondos recibidos.

La centralización de compras y ventas constituía --

otro poderoso medio de control. Las filiales clave no tenían normalmente derecho a vender o comprar por su cuenta, pues estaban sujetas por sendos contratos de exclusiva a la sociedad comercial del grupo. Según ~~otros~~ autores las condiciones de privilegio que las compañías comerciales hacían a las demás - firmas de su grupo y las discriminaciones que infligían a menudo a los contratantes ajenos a él, fueron una de las causas decisivas de que hasta los años treinta apenas surgiesen grandes empresas susceptibles de competir con las casas tradicionales.

Por lo demás, recalquemos que la nota característica era la lealtad feudal a la familia fundadora y dominante, de tal modo que todos acataban cualquier decisión del órgano supremo, incluso si acarrecaba, como forzosamente sucedía con frecuencia, postergación o perjuicio a una de las firmas vasallas. El órgano fundamental regulador de las actividades de cada miembro, era el consejo familiar, que, en el caso de Mitsui, adoptaba sus acuerdos a tenor de los usos ancestrales del clan. La holding suprema recibía el nombre de honsha, cuya gestión y composición se decidía en los consejos familiares, según el dictamen de los altos directivos, miembros principales de la propia familia. En Mitsubishi fue siempre muy fuerte la influencia de los Iwasaki; mientras que en Mitsui el control sobre la política empresarial pasó pronto a los banto, o directores técnicos, permaneciendo la propiedad en la familia fundadora.

c) El poder y comportamiento de los grupos en la economía japonesa.

Es difícil saber qué proporción exacta de los acti--

vos totales del sistema industrial y financiero controlaban - los vastos complejos en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, porque las estadísticas en la materia son más bien parvas. Se conocen, no obstante, fundadamente datos impresionantes, como que Mitsui controlaba en 1.940 el veintidós por ciento de las importaciones y el diez por ciento de las exportaciones. De todos modos, gracias al documentadísimo trabajo de la citada Comisión Liquidadora de Holdings (18), se ha logrado saber con notable aproximación cómo evolucionó la relación de fuerzas - desde 1.937, año en que Japón invadió China, hasta 1.946. Antes de exponer, sin embargo, el resumen de las conclusiones, conviene hacer dos observaciones de significado hasta cierto punto dispar: primera, que ya en 1.937 el grado de concentración era elevado; segunda, que la gran concentración reinante a favor de las zaibatsu en la década inmediatamente anterior (1920 - 1.930) no impidió que a partir de 1.930 surgiesen frente a ellas, como rivales temibles, no siempre vinculados al dominio de una familia, los grupos Okura, Asano y Furukawa y capitanes de industria como Aikawa, que se puso al frente del dinámico complejo Nissan.

El dato básico de la Comisión consistió en las cifras oficiales sobre capital desarrollado, que son el módulo comúnmente utilizado por las estadísticas. A continuación se reproduce un extracto de los cuadros sinópticos confeccionados para 1.937, elegido como año de partida por ser el último de paz propiamente dicha; 1.941, en que el Japón entró en la Segunda Guerra, y 1.946, recién resuelta la Segunda Guerra Mu-

---

(18) La Comisión publicó de 1.950 a 1.951 el texto japonés de sus trabajos en dos tomos, bajo el título Nihon Zaibatsu to Sono Kaitai, es decir, "Las Zaibatsu del Japón y su disolución". También elaboró un breve Informe final sobre la disolución de las zaibatsu en inglés, si bien no siempre coinciden los datos entre ambos textos.

309.  
dial. En cada uno de ellos se distingue, por un lado, el grupo de "Los Cuatro", es decir, las zaibatsu dominantes, Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo y Yasuda, y por otro "Los Cuatro" o "Los Cinco", es decir, los demás grandes, si bien se suman las participaciones de cada bloque para refundirlas en cifra reveladora del grado de concentración del sistema económico (189).

En 1.937, por lo que se refiere a las inversiones hechas en territorio metropolitano, el cuarteto tradicional superaba sin objeción a los nuevos grupos, concretamente Aikawa, Asano, Furukawa, Okura y Nomura, a pesar de los progresos de éstos, como demuestran los siguientes porcentajes respecto a las inversiones del conjunto de las empresas nacionales (190)

<u>Sector</u>	<u>Los Cuatro</u>	<u>Los otros Cinco</u>	<u>Total</u>
Finanzas .....	22,5 % .....	1,1 % .....	23,6 %
Industria pesada..	14,6 % .....	10,3 % .....	24,9 %
Industria ligera .	7,0 % .....	6,5 % .....	13,5 %
Otros .....	6,1 % .....	1,4 % .....	7,5 %
Total ponderado según las inversiones de cada sector	10,4 % .....	4,7 % .....	15,1 %

El resultado global era que los activos de las zaibatsu superaban el doble de los activos de "los cinco".

En 1.941, la situación había evolucionado ligeramente en favor de los "Cuatro", como se demuestra a renglón seguido:

(189) Vide reproducción completa y comentario de estos cuadros en ELEANOR M. HADLEY, Antitrust in Japan, Capít. 3 - págs. 32-60.

(190) Esos porcentajes se han obtenido extrayendo para cada sector la media ponderada según el volumen concreto de inversiones en cada uno de los subsectores que lo componen. Por ejemplo, la media ponderada del ramo de finanzas se ha obtenido a partir de la banca, los seguros y las inversiones mobiliarias.



Sector	Los Cuatro	Los Seis	Total
Finanzas .....	25,2%	1,6%	26,8%
Industria pesada ..	18,0%	11,8%	29,8%
Industrias ligeras.	7,5%	6,0%	13,5%
Otros .....	5,7%	2,0%	7,7%
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
Total ponderado ...	12,0%	6,5%	18,5%

Ahora bien, durante el conflicto armado, los "cuatro" consiguieron duplicar su grado de participación en las inversiones totales, y asimismo expandir sus negocios en las zonas ocupadas por los ejércitos imperiales. Para mayor brevedad, nos centraremos en la evolución dentro de la metrópoli, no sin advertir que en el grupo de "los demás" aparecen no ya cinco, sino seis complejos, como resultado de la adición de Nakashima. El cuadro correspondiente a 1946 ofrecía esta situación:

Sector	Los Cuatro	Los Seis	Total
Finanzas .....	49,7%	3,3%	53,0%
Industria pesada ..	32,4%	16,6%	49,0%
Industrias ligeras.	10,7%	6,1%	16,8%
Otros .....	12,9%	2,6%	15,5%
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
Total ponderado ...	24,5%	10,7%	35,2%

Observamos que los porcentajes de participación de los Cuatro Grandes en las finanzas y la industria pesada se han duplicado virtualmente, y que, por lo tanto, las zaibatsu han adelantado aún más a sus rivales, a pesar de que éstos han aumentado sustancialmente su participación en las inversiones nacionales. En definitiva, la Comisión-Liquidadora llegó a la conclusión de que en 1946 los Cuatro controlaban el 24,5%, es decir, casi la cuarta parte del capital desembolsado de todas las sociedades mercantiles del país, y los restantes Seis representaban otro 10,7%; diez complejos empresariales detentaban, pues, más de un tercio-

del capital invertido. La Comisión calculó, además, el porcentaje individual de cada uno de los Diez grandes, es decir, las cuatro zaibatsu y los seis citados en el cuadro de 1946 (si bien sustituyendo la denominación Aikawa por la razón social Nissan, más conocida), respecto al capital movi-  
lizado en el conjunto del sistema económico y el resultado-  
fué el siguiente:

<u>Zaibatsu</u>	<u>Porcentaje respecto al capital global</u>	<u>Grupos restantes</u>	<u>Porcentaje</u>
<u>Mitsui</u> .....	9,4%	<u>Nissan</u> .....	5,3%
<u>Mitsubishi</u> .....	8,3%	<u>Asano</u> .....	1,8%
<u>Sumitomo</u> .....	5,2%	<u>Furukawa</u> ....	1,5%
<u>Yasuda</u> .....	1,6%	<u>Okura</u> .....	1,0%
<hr/>			
Total .....	24,5%	<u>Nakajima</u> .....	0,6%
		<u>Nomura</u> .....	0,5%
		<hr/>	
		Total .....	10,7%

Digamos por fin que la comisión recopiló una información vastísima sobre el número de filiales de que constaba cada uno de estos diez grupos "designados" por ella para su disolución:

<u>Zaibatsu</u>	<u>Número de filiales</u>	<u>Otros grupos</u>	<u>Número de filiales</u>
<u>Mitsui</u> .....	294	<u>Nissan</u> .....	179
<u>Mitsubishi</u> .....	241	<u>Asano</u> .....	59
<u>Sumitomo</u> .....	166	<u>Furukawa</u> ....	53
<u>Yasuda</u> .....	60	<u>Okura</u> .....	58
<hr/>		<u>Nakajima</u> ....	68
Total .....	761	<u>Nomura</u> .....	19
		<hr/>	
		Total- .....	436

Sumando entrambos totales, 761 más 436, llegaba -  
la Comisión a un total de 1.197 sociedades que, según ella,  
había que disolver.

Visto cuál era el papel de los grupos en el conjunto del sistema, veamos a grandes rasgos su significado en la estructura de cada sector. En este punto, advierten determinados investigadores (191) una acusada diferencia entre las naciones occidentales y el desarrollo industrial del Japón. Mientras en Occidente los complejos se han constituido y crecieron, según esa corriente de pensamiento, en una industria concreta o en un grupo de industrias estrechamente relacionadas, con el objetivo de conquistar una posición monopolística, en cambio, los complejos mayores y más antiguos del Japón, fueron sin excepción, de tipo "conglomerado", con la única diferencia de que unos lo eran todavía más que otros y de que su objetivo no consistía en ocupar el ochenta o el noventa por ciento de una minoría de mercados conexos, sino en asentar, más bien, una serie de posiciones oligopolísticas en toda la escala de la economía maquinista. El cimiento de los imperios económicos nipones se ha caracterizado por la presencia simultánea en mercados muy diversos, con una proporción que fluctuaba del diez al veinte por ciento de las ventas totales del sector, y hoy prevalece en los historiadores del Japón moderno la idea de calificar a la mayoría de los renglones o segmentos de típicamente oligopolísticos.

No reina en cambio, ni mucho menos, el mismo acuerdo en punto a las interrelaciones de los grupos dominantes, es decir, para expresarlo con terminología tecnicista, si se trataba de oligopolios "en guerra", o de oligopolios "en paz". Así, G.C. ALLEN ha subrayado (192) que "las diversas zaibatsu eran rivales encarnizados entre sí", y que si bien se diferenciaba el sector donde cada grupo cargaba el peso de sus inversiones, "sin embargo había muchas esferas de la-

---

(191) Entre ellos, ELEANOR M. HADLEY, op.cit., páginas 20-21  
(192) Op.cit., página 135.

cambio, ELEANOR M. HADLEY señala que la situación normal era "una relación de vivir y dejar vivir entre las grandes zai-batsu", como resultado precisamente de que a la cabeza de cada sector industrial se encontraran siempre firmas pertenecientes a los tres o cuatro primeros grupos, entre ellos indefectiblemente Mitsui, Mitsubishi y Sumitomo, y de cada uno de ellos temía batallar contra los demás en un sector determinado, por la posibilidad de que su rival reaccionara atacándole en un sector distinto. Así, Mitsui se abstenía de hostilizar a Mitsubishi en la industria pesada, donde Mitsubishi Heavy Industries dominaba notoriamente y a su vez Mitsubishi se guardaba muy bien de combatir por una posición de dominio en el carbón, donde Mitsui Mining ocupaba el primer lugar con gran ventaja. El resultado fué, según la propia ELEANOR HADLEY, "un oligopolio cordial". Sin embargo, no cabe desconocer, como ya se ha indicado, partiendo precisamente de datos de la preopinante, que a partir de 1930 empezó a palparse la emulación de los "nuevos grupos", especialmente Aikawa o, si prefiere, Nissan.

Tal era el cuadro de la economía cuando el 15 de agosto de 1945, los plenipotenciarios imperiales firmaron a bordo del acorazado "Missouri" la rendición incondicional, en presencia del general DOUGLAS MC ARTHUR. El 15 de septiembre los norteamericanos ocupaban el Japón, donde el propio MC ARTHUR desempeñaría virtualmente hasta abril de 1951, el virreinato de los Estados Unidos, con el título de Comandante Supremo de las Potencias Aliadas (Supreme Commander of Allied Powers, abreviadamente SCAP).

2.- Política económica de la ocupación: "democratización" de estructuras y desmantelamiento de los grupos dominantes.

Como consecuencia del signo de enfrentamiento ideológico y absoluto asumido por la Segunda Guerra Mundial, los triunfadores no se limitaron a exigir reparaciones y renuncias territoriales, sino que se propusieron reformar, "reeducar" en la democracia política, social y económica al Japón y a Alemania, imponiéndoles las instituciones del régimen parlamentario, el sindicalismo libre y pluralista, la liquidación de los complejos industriales y financieros y una rígida legislación anti-monopolio y anti-cártel. Por lo que a Japón se refiere, los objetivos básicos del programa se formularon hacia fines de 1945, siguiendo en lo fundamental la pauta elaborada poco antes para Alemania y ratificada por los acuerdos de Potsdam entre los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, y las únicas diferencias residen, a fin de cuentas, en que las medidas adoptadas en el Imperio del Sol Naciente fueron uniformes y más coherentes que las sufridas por Alemania, donde eran cuatro, y no una, las potencias ocupantes.

Como toda obra norteamericana, el conjunto de reformas lleva la impronta de un contubernio increíble de ardoroso idealismo, de evangelización del pueblo vencido en el credo laico de la democracia y liquidación sistemática y despiadada de un mecanismo industrial que se había alzado como primer competidor en los mercados del Pacífico, unido todo ello a una furia vindicativa que, según sucedió con Alemania, frisaba en la crueldad de las guerras primitivas.

#### a) Formulación de los objetivos.

Del espíritu en que se concibió el programa da idea el siguiente párrafo del Informe elaborado por la Casa Blanca por EDWIN PAULEY sobre las reparaciones (193): "(Las

(193) E.W. PAULEY. Reports on Japanese Reparations to the President of the United States, Washington, noviembre de 1945, págs. 6-7, cit. por KOZO YAMAMURA, Economic Policy in Postwar Japan, pág. 1, University of California Press, 1967.

potencias aliadas) no deberían adoptar medida alguna para -  
ayudar a Japón a mantener un nivel más alto de vida que el -  
de las naciones asiáticas perjudicadas por la agresión japo -  
nesa en la medida en que esa ayuda desvíe alimentos u otra -  
asistencia material de esas otras naciones, o requiera el -  
mantenimiento en Japón de una capacidad industrial cuya re -  
moción sea necesaria por motivos de seguridad. Conforme a -  
este principio se deberá adoptar una visión amplia de la -  
economía, y especialmente del grado variable de industriali -  
zación del Este de Asia en su conjunto. El objetivo supremo  
debería ser tanto el de ascender como el de igualar el nivel  
de industrialización. A esta meta cabe contribuir mediante -  
una asignación ponderada a varios países de instalaciones -  
industriales que se exijan de Japón como reparaciones. La -  
reconstrucción es necesidad urgente de todos los países a -  
los que agredió Japón. En el contraste general de necesida -  
des Japón debe tener la última prioridad (sic)".

La política de ocupación se desarrolló gradualmen -  
te, si bien desde el primer momento Washington envió instruc -  
ciones concretas sobre la urgencia de expropiar a las fami -  
lias dominantes, descongestionando el sistema industrial. -  
Las directrices fundamentales aparecen en dos documentos elab -  
orados a raíz de la capitulación, a saber, la declaración -  
presidencial de 6 de septiembre de 1945 y la Directiva Bási -  
ca (Basis Directive) de los Jefes del Estado Mayor (Joint -  
Chiefs of Staff), si bien entrambos textos fueron hechura -  
del Comité de Coordinación de los Departamentos de Estado y -  
Guerra y Marina (State, War, Navy Coordinating Committee,  
abreviadamente SWNCC). La declaración del Presidente TRUMAN -  
decía: "la política del Comandante Supremo será..... promo -  
ver un programa para la disolución de las agrupaciones indus -  
triales y bancarias que han ejercido el control de una gran -  
parte de la industria y comercio del Japón".

ro 15 indica el de versiones sucesivas del borrador primitivo) era algo más precisa, ya que notificaba al Mando Supremo ocupante: "... obligará V. a los japoneses a establecer un departamento público responsable de la reorganización de la economía nipona."

"...Obligará Vd a ese Departamento a que someta a su aprobación, planes de disolución de los grandes grupos japoneses industriales y bancarios o de otras varias concentraciones de control de la economía privada".

Los historiadores han encarecido la influencia que ejerció el JCS/1.067, o sea, las directrices elaboradas para la ocupación de Alemania por el Comité Extraoficial de Política para Alemania, que también se componía de representantes de los Departamentos de Estado, Guerra, Marina y Tesoro. Es elocuente, en particular, el cotejo de entrambos textos en punto a desconcentración económica. Ya hemos transcrito la Directiva a MC ARTHUR; la de Alemania hablaba de prohibir "todos los cárteles u otras combinaciones privadas de negocios y organizaciones similares a los cárteles, incluyendo las de carácter público o cuasi-público, y se ordenaba al Alto Comisario norteamericano " efectuar una dispersión de la propiedad y del control de la industria alemana".

La Comandancia Suprema en TOKYO se apresuró a transmitir al nuevo Gobierno las instrucciones recibidas de Washington por el doble conducto que hemos expuesto; sin embargo, el Comité de Coordinación SWNNC siguió trabajando, hasta que llegó a un apunte definitivo el 22 de enero de 1947, cuando ya rodaba la política de desconcentración a pesar de las explicables maniobras dilatorias de los sucesivos gabinetes nipones, todos ellos vinculados, por su matiz conservador, a los medios de negocios. De cualquier modo tienen interés las líneas básicas del documento final (referencia SWNNC 302/2), que precisa

mente se titulaba "Declaración de la política de los Estados Unidos con respecto a las excesivas concentraciones de poder económico en Japón". Los objetivos capitales de la política de desconcentración quedaron así formulados en el párrafo 1:

"a.- Disolución de todas las concentraciones excesivas de poder económico, a menos que por consideraciones tecnológicas sea necesario que subsistan.....

"b.- Eliminación del poder económico excesivo de las personas que anteriormente ejercían el control de estas concentraciones y de ciertos individuos vinculados en ellas.

"c.- Promoción de tipos variados y difundidos de propiedad privada de los elementos de estas concentraciones disueltas, así como de los elementos de las concentraciones disueltas que no se presten a explotación competitiva.

"d.- Eliminación del apoyo financiero a las concentraciones excesivas mediante la desposesión de las participaciones de las "Zaibatsu en los bancos y en las compañías de seguros, a través de un aumento del número de fuentes de crédito; mediante la terminación de las alianzas entre las instituciones financieras y no financieras, y por el veto al favoritismo gubernamental hacia ciertas instituciones financieras".

"e.- Destrucción de los apoyos legales de las concentraciones excesivas poniendo fin a la legislación de control, estableciendo un derecho antitrust, introduciendo cambios en el de patentes, efectuando cambios en el derecho de sociedades y modificando el derecho y práctica fiscales ordinarios.

"f.- Fortalecimiento de los instrumentos necesarios para efectuar la política de referencia mediante ayuda financiera y técnica a categorías preferentes de compradores, consiguiendo la adhesión pública a los actos del Gobierno japonés contra las Zaibatsu, y adoptando medidas que aseguren la independencia del personal gubernamental frente a las zaibatsu"



dos Unidos por "concentración excesiva"? La definición se esbozaba en el párrafo dos: "Toda empresa privada dirigida con el fin de lucro, o agrupación de empresas de esta naturaleza, que, por razón de su dimensión relativa en cualquier sector o del poder acumulado ... en pluralidad de sectores, restrinja la competencia o desvirtúe las oportunidades de los demás para entrar como empresarios independientes en cualquier renglón importante de la economía".

La elocución suministraba una serie de criterios que conferían prepondencia al tamaño empresarial: "Se deberá presumir, a reserva de impugnación, que toda empresa o agrupación privada dirigida con ánimo de lucro es una concentración excesiva de poder económico si su valor en activos es muy grande, o si su mano de obra es muy numerosa, o si, aun siendo algo menor en activos o en mano de obra, se dedica a los negocios en diversos sectores desconectados entre sí, o si controla establecimientos financieros considerables o establecimientos industriales o comerciales de consideración, o si produce, vende o distribuye una gran proporción de la oferta total de los productos de una industria principal". Todavía era más expresivo el criterio siguiente: "El tamaño absoluto, así como la posición (que la empresa ocupe) en una industria dada, deberá considerarse fundamental para calificar de excesiva una concentración de terminada. Se desea eliminar no sólo los monopolios sino también las acumulaciones de capital bajo control de una empresa particularizada cuyo volumen constituya amenaza grave en potencia al sistema competitivo". Finalmente, el párrafo especificaba que todas las empresas de notable dimensión deberían ser examinadas por la Comandancia Suprema a la luz de los criterios citados, y que toda duda sobre la aplicabilidad de esos módulos a una firma concreta se resolvería por

programa gravitase sobre "el grueso de la gran industria".

El párrafo 3 estatutaria que las concentraciones excesivas deberían ser "inmediatamente disueltas en tantas unidades independientes como sea posible", salvo la necesidad imperiosa de mantener una explotación de gran tamaño. Ahora bien, se establecía categóricamente la premisa de que la disolución de sociedades de tipo holding no acarrearía esa merma de eficiencia, como tampoco la provocaría una ruptura de lazos de propiedad, de dirección y de empleados comunes entre las compañías afectadas, ni la segregación de instalaciones de una firma determinada, cuando esas porciones funcionasen en sectores sin conexión entre sí, o cuando hubiesen tenido existencia corporativa separada en los últimos cinco años, o, por fin, en el supuesto de que fuese tan grande la distancia técnica y física entre esos establecimientos que careciesen virtualmente de una dirección común de explotación.

El párrafo cuarto especificaba la "política con respecto a las concentraciones excesivas que deberán ser eliminadas". En primer lugar, disolución y desposesión de activos en valores y propiedades de todas las combinaciones que constituyeran simples holdings. Segundo, las unidades empresariales, aparte de los complejos de tipo holding en que se descomponían las concentraciones o amalgamas calificadas de excesivas, deberían ser desposeídas, en el caso de empresas no financieras, de cualesquiera valores detentados en otros grupos, incluyendo los que no merecieran calificación de concentración excesiva. En tercer término, todos los funcionarios y directores de esas unidades de explotación, y de las funcionales en el sector financiero, deberían renunciar a sus puestos, salvo los cargos que tuviesen en la sociedad donde desempeñasen su empleo principal, y se les prohibiría

adquirir cualesquiera puestos fuera de la compañía en la que ejerciesen aquél. Asimismo, cesarían "ciertas relaciones contractuales y de servicios" entre las empresas pertenecientes a los grupos incriminados, prohibición que debería abarcar la de restablecer esos vínculos durante un plazo suficiente para garantizar el efectivo cumplimiento de la regla.

El párrafo 5 se refería al "tratamiento del personal directivo de las concentraciones excesivas", y decretaba la norma general de que cuantas personas hubiesen ejercido poder dominante (controlling power) en alguna de esas agrupaciones o sobre ellas, bien como acreedores, bien como accionistas, directores o por cualquier otro título, serían, en primer lugar desposeídas de los títulos societarios que detentaran, así como de toda clase de activos líquidos y de propiedades industriales; separadas, por añadidura, de todo puesto de responsabilidad industrial o gubernamental, y sometidas, por fin, a interdicto de no adquisición de títulos societarios y no desempeño de cargos de responsabilidad económica o gubernamental durante diez años. La medida se extendía a todas las personas que, presumiblemente, actuaran en nombre de las vetadas, conjetura que se determinaría por diversos factores: sangre, matrimonio, adopción, trato personal en el pasado, etc. El tratamiento que se reservaba a esta segunda categoría era prácticamente igual, con la única diferencia de que en lugar de dictarse desposesión, se confiscaban sólo los activos o propiedades "de cierta significación" y los títulos que poseyeran en concentraciones exageradas, así como las participaciones que representaran el uno por ciento, al menos, de cualquier otra empresa particular. Tampoco se hablaba de separarles de todo cargo en el Gobierno, sino únicamente de los cargos "que puedan ser usados para favorecer los intereses de las zaibatsu", y el interdic

ción de cargos en compañías en los diez años siguientes sólo se aplicaba a los títulos y cargos utilizables "para favorecer los intereses de las zaibatsu". En caso de duda sobre si una persona era clasificable como vinculada o afectada a uno de los individuos citados al principio del párrafo, se adoptaría el criterio afirmativo, confiriéndose así la máxima amplitud posible al programa.

El párrafo 6 abordaba la "compensación de las posesiones enajenadas"; no vale la pena insistir en él, por su naturaleza fundamentalmente técnica, salvo al señalar que cualquiera que fuese la forma de indemnización concedida, debería hacerse ésta de tal manera que "sea imposible que (las personas desposeídas) vuelvan a adquirir por compra un puesto de poder en la economía japonesa".

El párrafo 7, titulado "Liquidación de las propiedades expropiadas", estipulaba que la desposesión se realizaría dentro de los dos años siguientes al establecimiento de la Comisión de Liquidación de las Compañías Holding, encargada de efectuar la operación, como departamento del Gobierno japonés, si bien bajo "estrecha supervisión" de la Comandancia Suprema. Se encarecía un "cuidado especial" en prevenir que formasen parte de ese órgano representantes de grandes empresas industriales, comerciales ni financieras ni grupos políticos afectos a esas empresas, y la aprobación de todos los nombramientos por el Comandante Supremo, quien podría en todo momento revocarlos. Igualmente serían revocables por el Comandante Supremo las ventas hechas por la Comisión, las cuales se harían previo anuncio oficial de las condiciones de transacción.

En cuanto a la venta de las propiedades expropiables se reglamentaba también extensamente en el párrafo 8. Señalemos incidentalmente que una de las directrices

consistía en vender lo menos posible a personas acaudaladas y económicamente poderosas los bienes de referencia, para que no se constituyese de ese modo "el cimiento de una nueva clase zaibatsu". Se establecía, en consecuencia, preferencia expresa a favor de "empresarios e inversores medianos o pequeños" y de grupos como cooperativas agrícolas o de consumo y sindicatos obreros, que al convertirse en propietarios, contribuirían a "la democratización de la economía japonesa". Ahora bien, no se permitiría que una sola persona o empresa ni grupo de personas o empresas coaligadas adquiriera un número tan grande de propiedades que hiciese probable una concentración semejante en tamaño o carácter a las que se trataba de disolver.

El párrafo 9 expropiaba las participaciones de las zaibatsu en las firmas financieras y aseguradoras, con arreglo a las normas sentadas en los párrafos 5, 6 y 7, y otorgaba ayuda para comprarlas a los tenedores de pólizas de esas compañías aseguradoras.

El párrafo 10 se refería al problema, vital para la economía nipona, de las "fuentes de crédito", y anunciaba que el Mando Supremo aumentaría sustancialmente "el número de las fuentes independientes de crédito", pero sin llegar "al punto de que los bancos individuales sean tan pequeños como para verse en la incapacidad de asegurar la diversificación de préstamos, necesaria para la seguridad bancaria". A este efecto se estimularía a los antiguos banqueros propietarios de institutos fusionados con empresas pertenecientes a las zaibatsu a que se reestablecieran por su cuenta, una vez expropiados los grupos absorbentes. Al propio tiempo, los bancos que sobrepasaran un tamaño fijado por el Mando Supremo, se dividirían en dos o más unidades independientes dentro de cierto plazo, y lo mismo harían los bancos que el Mando Supremo calificase de monopolísticos en su campo respectivo.

- 397 -

Seguidamente abordaba el documento (párrafo 11)- el problema de las "alianzas", entre empresas financieras- y no-financieras. El principio general era la disolución,- y concretamente se prohibía que los bancos y compañías de depósito invirtieran más del diez por ciento de su capital y reservas en los títulos, préstamos, letras, anticipos o descubiertos de cualquier compañía. No deberían disponer - aquéllos de la facultad de poseer en sus cuentas capital - de una compañía cualquiera en proporción superior al cinco por ciento de las acciones ni votar con cargo a ese capi - tal en las juntas correspondientes. Tampoco poseer acciones de firmas competidoras. Correlativamente, directivos y al - tos funcionarios de todo banco o compañía de depósito, así como cualesquiera personas que poseyeran el cinco por cien - to o más del capital no serían elegibles para cargo alguno de regencia ni se les permitiría que poseyesen porcenta - jes de la misma magnitud en el capital de otra compañía.

A título complementario se preveía la "elimina - ción de la discriminación financiera" (párrafo 12) a favor de las zaibatsu, mediante un sistema de seguro de depósi - tos, así como de limitación del volumen total de depósitos por cada banco, y la orden a las Oficinas de Ahorro Postal para que depositasen sus fondos en bancos ordinarios y co - locaran, por lo menos, el noventa por ciento de sus ingre - sos en bancos de la región correspondiente, a prorrata de - sus activos, así como por otras medidas. Carácter de comple - mento tenían las medidas de supresión (párrafo 13) de todas las leyes y ordenanzas de "apoyo del Estado a los monopolios industriales", y especialmente de todas las asociaciones - cuasi-públicas y compañías "especiales" que, sin pertenecer propiamente al complejo orgánico de la Administración, ejer - cieran funciones de naturaleza oficial. Igualmente se esta - blecía el principio de la derogación de todas las normas -

que limitaban el acceso o entrada de nuevas empresas a los distintos sectores o lo supeditaban a la previa autorización gubernativa. El párrafo 15 estipulaba que el Gobierno japonés debería promulgar una "ley antitrust", prohibitiva de:

- a) todo concierto de negocios sobre extremos tales como precios, limitación de las ventas o de la producción, asignación de mercados, productos o clientes;
- b) actos concertados o individuales cuyo objeto o efecto fuera imponer a cualesquiera empresas la política comercial fijada por el grupo coaccionante o a participar en proyectos encaminados a eliminar a otras firmas, por medios diversos, especialmente los que implicaran discriminación de precios o intimidación a los clientes de un competidor;
- c) la creación de concentraciones exageradas de poder económico, en el sentido del párrafo 2;
- d) tipos de desarrollo industrial y de conexiones intersocietarias especialmente susceptibles de abocar a monopolios o a dimensiones excesivas incluyendo la adquisición de porciones sustanciales de los activos de empresas competidoras, siempre que el tamaño de éstas no fuese desdeñable, así como de empresas no competidoras cuando las operaciones pudieran conducir a la creación de firmas de gran escala capaces de convertirse en concentraciones superlativas y siempre que no lo reclamara el interés general.
- e) Todo género de relaciones intersocietarias restrictivas de la competencia, fuera de las del apartado anterior.

Se postulaba, además, el endoso del cumplimiento de la futura ley a una oficina gubernamental "especializada" con amplios poderes de investigación y corrección, oficina en cuya composición entrarían personas representativas de los grupos "más susceptibles de ser perjudicados por el crecimiento societario excesivo", y en todo caso, se habría de poner cuidado especial en no admitir a representantes de-

392  
las grandes empresas o de grupos políticos adictos a ellas.

Los párrafos 15 al 22, dedicados respectivamente al "derecho de patentes", al "derecho de sociedades" (corporate law), a las "leyes de impuestos y herencia", a la "política acerca de compradores preferentes" de los activos cuya expropiación se ordenaba, al "apoyo del público" que el Alto Mando debería promover en el pueblo japonés, y por último, al "régimen de gobierno del Japón", no forman parte propiamente del ámbito de nuestro estudio. Señalemos, sin embargo, que en el apartado d) del pasaje dedicado al derecho de sociedades se prohibían absolutamente las conexiones de puestos de funcionarios (interlocking officership) entre empresas distintas, así como la simultaneidad de puestos directivos (interlocking directorates) entre empresas competidoras o que comprasen, alquilasen y vendiesen la una a la otra en cantidades sustanciales; se limitaba a la cuarta parte de los miembros del Consejo de Administración el número de conexiones directoriales posibles entre grupos no competidores, y, por último, se fijaba en tres el número máximo de sociedades en que una persona pudiese ser miembro de Consejos de Administración. Igualmente se vedaba a funcionarios y directivos la posesión de acciones en sociedades rivales, y de más del cinco por ciento de las acciones (o de acciones que representaran más del cinco por ciento de los activos líquidos) de otras sociedades. Además, tenían que constar públicamente en los documentos oficiales de toda compañía las posesiones que sus directores y altos funcionarios disfrutasen en el capital social por encima del uno por ciento.

En los párrafos siguientes estudiaremos las diferentes medidas efectivamente aplicadas, con lo que podremos valorar la proporción en que tan amplio proyecto fue realizado y el grado en que sus normas reformaron las estructuras económicas del país vencido.



b) Disolución de los grupos dominantes.

Con ductilidad y sentido de adaptación típicamente orientales, el gobierno japonés se apresuró desde noviembre de 1945, cuando apenas habían transcurrido semanas del desembarco de las tropas ocupantes, a proponer al General McArthur un plan de liquidación de las zaibatsu, que, basado fundamentalmente en las propuestas del clan Yasuda, sugería, mediante un procedimiento más o menos inspirado en la técnica del auto o decisión negociada (es decir, el consent decree, referido en el capítulo anterior), la disolución de las holdings rectoras de los cuatro grandes grupos familiares: Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo y el propio Yasuda. Se trataba, en otras palabras, de un harakiri jurídico e indoloro, cuya supervisión correría a cargo de una Comisión Liquidadora de Holdings. McArthur aceptó, en principio, tras la conformidad de Washington, pero puntualizando que conservaba "plena libertad de acción" para reelaborar o modificar el plan en cualquier momento y supervisar su ejecución.

A los cinco meses, en virtud de la Ordenanza Imperial 233, ( 20 de abril de 1946), el gobierno nipón dispuso la creación de la Comisión Liquidadora, cuyos miembros no fueron designados hasta agosto, y hubo que esperar hasta septiembre para que el órgano novicio efectuara la primera nómina de sociedades liquidables. Su función originaria consistía en trasladar a otras manos los títulos accionarios a través de los cuales se había instrumentado el dominio de las familias rectoras del sistema, si bien se añadieron más tarde diversas misiones. Aunque la Comisión formaba parte del Gobierno insular, de conformidad con los acuerdos de POTSDAM, a todas sus reuniones asistía un observador del Mando Supremo, sin cuya aprobación no se adoptaba medida alguna. El nombre del organismo, Comisión Liquidadora de

LEY(194), el espíritu deliberadamente restrictivo con que el gobierno de Tokyo abordó la ingrata labor. Con la palabra holding, concepto específico y muy concreto, se trataba, en efecto, de crear la impresión de que únicamente había que demoler las estructuras supremas, el último piso, por decirlo familiarmente, de todos los grupos dominantes, no los grupos en su conjunto, aparte de que la fórmula holding no consumía los medios técnicos de integración de complejos. Más adelante veremos cómo el Mando Supremo amplió varias veces el número y alcance de las "designaciones" sugeridas por la Comisión.

La Ordenanza estipulaba que los títulos detentados por las holdings "designadas" serían puestos a disposición de la Comisión, que los vendería, compensando a los antiguos propietarios en la cuantía del producto de la venta, menos los gastos de funcionamiento de la Comisión. Se hicieron entre Septiembre de 1946 y Septiembre de 1947, un total de 83 designaciones, a pesar de que el Gobierno esperaba al principio limitar el programa, a la disolución de los Cuatro grandes, más la poderosa firma aeronáutica Fuji. En realidad, todas las designaciones adicionales, fueron resultado de apremios del Mando Supremo, y así, a la lista inicial sucedieron en diciembre de 1946 otras dos, que contenían una cuarenta sociedades y la otra veinte. Se procedió a una cuarta designación en febrero de 1947, con dos nuevos nombres, y, por último otra en septiembre del mismo año con dieciocho entidades. En rigor, el número de grupos propiamente dichos en la gran industria nipona no pasaba de quince o veinte, de tal modo que la relación total de ochenta y tres se debió a la inclusión de algunas holdings de segunda categoría dentro de los propios

---

(194) op.cit., pág. 69. La autora formó parte del personal civil norteamericano que colaboró con el Mando Supremo en TOKYO.

402  
grupos (es decir las filiales de la holding suprema que citá-  
bamos en el núm. 1), con la señalada excepción de las de índole  
financiera, así como de ciertas compañías industriales in-  
dependientes que también disponían de una red de filiales. La  
verdad es que el elenco era muy desigual, pues junto a los -  
Cuatro Grandes, cuya inclusión era ineludible, figuraban fir-  
mas que, sobre no estar dominadas en absoluto por las zaibatsu,  
representaban un grado de concentración secundaria, por -  
ejemplo, ocho firmas hiladoras de algodón nombradas en la se-  
gunda tanda.

Sorprendente, y a primera vista inexplicable, es la  
omisión de toda compañía financiera, considerando que los gran  
des bancos no eran en realidad sino hechura de las zaibatsu, -  
tanto más cuanto que la directiva básica JCS 1380 hablaba co-  
mo se recordará, de "grupos industriales y bancarios" y que -  
MC ARTHUR había comunicado expresamente al Gobierno insular -  
que habría de disolver los "grupos privados industriales, co-  
merciales, financieros y agrícolas" (documento SCAPIN 244, de  
6 noviembre de 1945, en respuesta al plan Yasuda). La explica-  
ción responde probablemente a varios factores (195). En pri-  
mer lugar, como en los Estados Unidos los bancos comerciales  
no pueden poseer filiales de tipo industrial o mercantil, los  
americanos consideran instintivamente la banca comercial como  
algo diferente de la industria y el tráfico, actitud que se -  
refleja en el hecho paradójico de que la Misión civil nombra-  
da conjuntamente a fines de 1945 por los Departamentos de Es-  
tado y Guerra para asesorar al Mando Supremo en la disolución  
de los grupos ( State-War Mission on Japanese Combines ) no in-  
cluyera un solo representante de la banca. En segundo lugar, -  
la Sección Económico y Científica del Mando Supremo se compo-  
nía, por una parte, de una División Antitrust y de Cárteles, y

---

(195) Cfr. nuevamente ELEANOR M. HADLEY, op. cit., páginas  
72-73.

por otra, de una División Financiera, criterio erróneo, pues en rigor la política antitrust debía abarcar toda la economía del Japón, tanto la industrial como la financiera. La dualidad de departamentos y, sobre todo, su respectiva denominación dió lugar a que, cuantas veces los miembros del departamento antitrust quisieron intervenir en asuntos bancarios desde la óptica de la política antimonopolio, otras tantas el equipo de la División Financiera se opuso celosamente, insistiendo en que los bancos le competían sólo a ella y señalando además que su misión no contenía obligaciones específicas en cuanto a promoción de la competencia. Por último, los sucesivos Gobiernos nipones eran reacios a incluir las compañías financieras, y su táctica de resistencia pasiva dió resultados.

En principio, la Comisión Liquidadora se estableció estrictamente para expropiar las participaciones de holdings designadas como grupos dominantes, lo cual dejaba automáticamente fuera de su campo de acción las participaciones accionarias directas que, pertenecientes a las familias rectoras, alcanzaban volumen considerable. Pronto comprendió el Mando Supremo que si verdaderamente había que disolver las zaibatsu, era de todo punto indispensable expropiar estos bienes personales, por lo que instruyó al Gobierno Imperial para que confirmara poderes adicionales a la Comisión. Hízolo así la Cancillería de Tokyo por una nueva Ordenanza Imperial (la nº 592 de 1946), y en marzo de 1947 la Comisión designó entre las diez zaibatsu o grupos catalogados como núcleos dominantes del sistema (según hemos visto en el epígrafe anterior) a cincuenta y seis personas, las cuales habrían de transferir sus valores a la Comisión, que, a su vez, las compensaría del modo previsto para las compañías.

Otro punto en que la Comisión guardaba absoluto silencio era las participaciones accionarias entre compañías -

del mismo nivel, es decir, lo que algunos especialistas llamaban "participaciones horizontales", a pesar de que la aceptación por McARTHUR del Plan Yasuda había hecho referencia a la eliminación de "la posesión indeseable de participaciones intersocietarias". El Mando Supremo se vió, por consiguiente, obligado a indicar a las autoridades niponas (SCAPIN 1.079, de 23 de julio de 1946) la necesidad de establecer un programa de disolución de estos vínculos, y efectivamente otra Ordenanza Imperial, la núm. 567, de 25 de noviembre de 1946, vino a regular este aspecto y otros conexos, disponiendo que determinado número de empresas poderosas, a las que, siguiendo la terminología de un decreto anterior (196), se calificaba de "restringidas" en cuanto al círculo de sus propietarios (restricted concerns), se desharían de las acciones que poseyeran en otras compañías, con la excepción de las de índole financiera, a menos que correspondieran a la misma "cadena de capital", es decir al mismo complejo o agrupación (nuevamente el trato de favor a las entidades financieras). Las "filiales" y las "afiliadas" (affiliates) de las "empresas restringidas" renunciarían a todos los títulos adquiridos después del 8 de diciembre de 1945.

He aquí, (ELEANOR M. HADLEY, op. cit., pág. 75) un ejemplo típico del género de situación que trataba de liquidar la Ordenanza de 1946. La empresa minera Sumitomo Mining

---

(196) La Ordenanza 657 que, dictada en 1945, había dispuesto que quedaban congelados, es decir, sin posibilidad de venta o traspaso, salvo previa autorización gubernativa, los activos de cuantas compañías tuviesen un capital igual o superior a 5 millones de yens, fuesen o no del dominio de las zai batsu. Estas entidades sumaban unas mil doscientas, entre ellas, naturalmente, casi todas las firmas integradas en las zaibatsu. Más tarde la Comisión Liquidadora llegó también a la cifra aproximada de 1200, por su método propio que consistía en vincular el carácter de filial al hecho de que el 10%, por lo menos, del capital estuviese en manos de otra sociedad.

tenía vínculos accionarios recíprocos que alcanzaban al 20,5% de su capital, proporción que se descomponía así:

- Sumitomo Metal Industries (Fuso Metals). . . . . 1,5%
- Sumitomo Electric Industries . . . . . 1,0%
- Osaka Sumitomo Marine & Fire Insurance . . . . . 3,0%
- Sumitomo Trust . . . . . 3,0%
- Sumitomo Bank. . . . . 7,0%
- Sumitomo Life Insurance. . . . . 4,0%
- Sumitomo Joint Electric Power. . . . . 1,0%

Fue bien, con arreglo al programa originario elaborado por la Comisión, referido estrictamente a las compañías de forma holding, sólo tenían que enajenarse las acciones que en Sumitomo Mining poseían las dos primeras de la relación, únicas entidades holding. El restante 18% (es decir, el 20,5% menos el 2,5% que esas dos sumaban) no habría sido afectado.

La Ordenanza de 1946 dispuso que las compañías someterían a la Comisión un plan detallado de la transferencia de sus títulos accionarios a determinadas categorías preferentes de compradores, tales como, en primer lugar, sus propios empleados; en segundo término, los residentes en localidades donde estuviesen domiciliadas las compañías emisoras de los títulos; el resto, si lo hubiera, para el público en general. Por otra parte, aun cuando la obligación de presentar el proyecto de enajenación comprometiese a todas las compañías "designadas" (197), sólo a las filiales y "afiliadas" se las sometía a previa aprobación, y aun así, no más que en cuanto a los títulos adquiridos después del 8 de diciembre de 1945, lo cual significaba que las entidades

---

(197) Es decir, todas las compañías incluidas en la Tabla de Empresas Restringidas aneja a la Ordenanza 657 de 1.945, mencionada en la nota anterior.

"designadas", entre las que figuraban varios grupos dominantes, podrían, en definitiva, actuar independientemente - si bien bastante más tarde disposiciones suplementarias corrigieron la deficiencia.

El Gobierno nipón dictó, pues, la Ordenanza menos de cuatro meses después de las directrices del Mando Supremo, pero la ejecución del plan de expropiación no aconteció hasta mayo de 1948, cuando los Estados Unidos, por su creciente tirantez con la U.R.S.S., empezaban a modificar su actitud hacia el Estado vencido. Mientras tanto, los sucesivos Gobiernos de Tokyo habían desplegado multitud de recursos tan ingeniosos como eficaces para reducir el alcance de la desconcentración en las industrias de alto índice de capital. No tiene, por lo tanto, nada de extraño que sólo se expropiara una modesta cantidad por concepto de participaciones horizontales.

¿En qué medida, hasta qué punto, se cumplió realmente, el riguroso programa expuesto? Es obligado consignar que aun los críticos más severos reconocen paladinamente - que la venta de las participaciones propiedad de compañías holdings, así como de los títulos poseídos directamente por los individuos de las zaibatsu y, en bastante menor escala, de las participaciones cruzadas entre holdings, tuvo volumen muy considerable. Evidentemente, no se cubrió el cien por cien de los objetivos, pero esta observación, aplicable por lo demás a toda acción basada en reformas incruentas, - por severas que sean, sería una banalidad ociosa.

Lo significativo es determinar cuantitativamente - en qué grado se operó una de las operaciones más vastas y sistemáticas de transferencia de poder económico, que ha conocido la Historia, sin perjuicio de puntualizar que, además del programa de la Comisión Liquidadora, pieza fundamental-

del mecanismo, se desarrollaron tres acciones efiaazmente - complementarias: la venta de acciones de las "instituciones cerradas" (closed institutions), denominación que se daba a corporaciones que habían estado totalmente implicadas en el programa expansionista nipón, por ejemplo, la Compañía de Ferrocarriles de Manchuria, el Banco de Corea, el Banco de Formosa, o en el control de asignación y distribución de diversas mercancías durante el periodo bélico (caso de millares de compañías y asociaciones de "control") la venta por el Ministerio de Hacienda de las acciones en que, con autorización del Gobierno, muchas personas hicieron efectiva, en vez de pagarlo en metálico, el impuesto extra ordinario (capital-levy tax) sobre el capital establecido en 1946, precisamente como parte de la política de disgregación de las fortunas dominantes (198); y la venta de títulos en virtud de la Ley Antimonopolio, que más adelante se estudiaba la supervisión de Comercio Lícito (Fair Trade Comisión, abreviadamente FTC).

En conjunto, las ventas de las participaciones expropiadas a las sociedades "designadas" y a las personas también "designadas" como miembros de zaibatsus, alcanzaron los siguientes importes:

Por la Comisión Liquidadora.....	8.900 millones de yens
Instituciones cerradas .....	3.100 " "
Impuesto sobre el capital .....	1.700 " "
Ley Antimonopolio .....	1.300 " "
Total .....	15.000 millones de yens

Teniendo en cuenta que sólo las cifras referentes a la Comisión Liquidadora, que datan de 1.951, representan - (198) La Ley del Impuesto de Leva de Capitales, Ley nº 52 de 17 de noviembre de 1946, preveía un tributo progresivo sobre las propiedades de individuos (no de sociedades) que alcanzasen o superasen los cien mil yens, con tipos que empezaban en el 25% e iban ascendiendo según los escalones de activos gravables hasta alcanzar el 90% sobre propiedades iguales o superiores a 15 millones de yens.



datos completos, ya que las otras tres son de 1949 ,cuando aún no se habían terminado las operaciones respectivas, cabe calcular el valor definitivo en unos 16 mil millones de yens. Si confrontamos estas cifras y los 32.000 millones a que ascendía en 1945, según datos oficiales del Ministro de Industria y Comercio, adoptados en sus trabajos por la Comisión; según el Banco de Japón, 43.000 millones y según el Ministerio de Hacienda y 48.000 millones, la totalidad del capital desembolsado en las distintas sociedades industriales y comerciales, llegamos a la conclusión de que la recaudación obtenida alcanzó porción considerable de todos los capitales societarios del país.

La pluralidad de órganos vendedores obligó pronto al Gobierno a establecer una autoridad coordinadora, entre otras razones para que no competieran entre sí diversas dependencias oficiales, y apareció el Comité, o Comisión Coordinadora de la Liquidación de Valores, cuya sigla inglesa era SCLC, por Ley de 17 de Enero de 1947. El nuevo organismo se dispuso a canalizar la venta de las participaciones que obraban en poder de la Comisión Liquidadora de Holdings, de la Comisión de Liquidación de Instituciones Cerradas y del Ministerio de Hacienda; únicamente escaparon a su control los títulos que, en virtud de las disposiciones de la Ley Anti-monopolio sobre participaciones intersocietarias, habían de entregarse a la Comisión de Comercio Lícito.

Distan de ser exactas las cifras oficiales sobre el valor efectivo de las acciones, obligaciones y otros documentos entregados a las distintas autoridades, entre otras razones porque de 1945 a 1950 atravesó el Japón una tendencia tremendamente inflacionista, con lo que todo cálculo monetario resultaba contingente, y también porque la acción simultánea de varios departamentos introducía un factor de

conveniente reproducir parcialmente el Cuadro confeccionado por ELEANOR M. HADLEY (Op. cit., pág. 186) como "el más probable"; concretamente respecto a las 83 compañías escogidas por la Comisión y a las 56 personas calificadas de miembros de zaibatsus:

<u>Compañías "designadas"</u>	<u>Acciones</u>	<u>Obligaciones</u>	<u>Total</u>
Total participaciones en otras-sociedades (1)	8.326.635.000 Y	790.681.000	9.117.316.000
Total valores entregados a la Comisión (2)	7.026.735.548 Y	47.971.451	7.074.706.999
1ª designación - (5 compañías)	2.231.855.423 Y	32.971.802	2.264.557.226
2ª designación - (40 compañías)	2.914.464.453 Y	10.819.356	2.925.283.809
3ª designación - (20 compañías)	1.636.991.696 Y	3.690.550	1.640.682.246
4ª designación - (2 compañías)	65.696.762 Y	256.502	65.953.265
5ª designación - (16 compañías)	182.727.212 Y	483.240	183.210.452
Diferencia entre lo poseído y lo entregado.	1.299.899.452 Y	742.709.549.549	2.042.609.001
<u>Personas "designadas"</u>			
Valores que poseían	1.113.951.000	88.048.000	1.201.999.000
Valores que entregaron a la Comisión (3)	448.393.784	8.055.092	456.948.876
Diferencia	665.557.216	79.493.008	745.050.124
Total entregado a la Comisión por sociedades y personas (suma de 2- y 3)	7.475.129.332	56.526.543	7.531.655.875

Las cifras son elocuentes. Por de pronto, las participaciones de los Cuatro Grandes más Nakajima, protagonistas de la primera "designación", representan el treinta por ciento del total de las 83 entidades. En segundo lugar, se advierte la magnitud de las posesiones personales de los miembros de las zaibatsu, simplemente comparándolas, por ejemplo, con las participaciones de las veinte entidades que fueron agente pasivo de la cuarta designación; se aprecia que tanto unas como otras se mueven por encima de los mil millones de yens, y concretamente que 56 japoneses poseían capitales casi iguales a dos tercios del de veinte compañías importantes.

Claramente se aprecia la diferencia entre el valor de lo puesto a disposición de las autoridades y lo efectivamente vendido por ellas, disparidad que, al parecer, representa el capital de las compañías directamente disueltas. En el caso de las zaibatsu, la diferencia del orden de 600 millones de yens es probablemente debida al hecho de que se pagó en títulos accionarios u obligaciones una porción muy considerable del impuesto extraordinario de "leva de capitales" conjetura tanto más verasímil cuanto que, según se cree saber, ascendió aproximadamente a esa cifra lo recaudado por el Fisco en ese concepto.

En cuanto a la suerte que corrieron como tales personas jurídicas las 83 holdings "designadas", consideramos que estaban sometidas a la acción simultánea y concurrente de varias leyes y programas: por un lado, las citadas ordenanzas de desmantelamiento anti-zaibatsu, y por otro, la legislación especial dictada para aliviar, ya que no remediar totalmente, la situación de virtual insolvencia a que estaba abocada la casi totalidad de las grandes empresas na

cionales, así como de sus accionistas, obligacionistas y acreedores, a consecuencia de la cancelación por el Gobierno de las deudas contraídas frente a ellas por la Hacienda pública para la financiación de los gastos bélicos de 1941 a 1945. De ahí que la mayoría de las firmas principales quedarán sometidas, independientemente del ámbito de actividad de la Comisión Liquidadora, al régimen de "cuentas especiales", en virtud del cual toda firma así calificada debería redactar un proyecto de "reorganización" y someterlo al ministerio competente según el sector (Comercio e Industria, Transportes, Hacienda, etc.), y en esta tesitura se encontraban, por ejemplo, 76 de las 83 holdings "designadas" por la Comisión. Concretamente un informe del Mando Supremo (1950) especificaba que 4.462 compañías habían representado planes de reforma.

Apuntadas las reservas antecedentes, procede dividir en cuatro apartados las soluciones fundamentales que se adoptaron: disolución pura y simple; disolución seguida de reorganización en forma de "segunda compañía", es decir, de entidad continuadora o sucesora; subsistencia de la sociedad en forma de sociedad sucesora, eliminadas las características de holding (o sea, privándola de sus participaciones de control en las demás entidades del grupo que dominara); y subsistencia sin alteración alguna. Evidentemente, las dos fórmulas más netas eran la primera y la cuarta. No así la distinción entre las dos categorías intermedias, segunda y tercera, que se inspiró básicamente en necesidades contables impuestas por el régimen de cuentas especiales. De todos modos entrambas soluciones también tuvieron cierto significado para la política antitrust, ya que si bien algunas particiones societarias respondieron exclusivamente a consideraciones de solvencia financiera, no por eso dejaron de afeç

tar a la estructura del mercado, por ejemplo, la escisión - de Industrias Químicas Mitsubishi en tres compañías: Industrias Químicas Niponas, Mitsubishi Rayón y Vidrio Asahi.

El resultado definitivo de las operaciones fue:

- Compañías disueltas pura y simplemente ..... 16
- Compañías disueltas y reorganizadas ..... 26
- Compañías depuradas de sus rasgos "holding"... 11
- Compañías inalteradas ..... 30

En principio, las autoridades de ocupación se habían propuesto disolver sin más las entidades rectoras de cada zaibatsu, así como toda holding pura, y reorganizar simplemente las firmas que poseyeran medios considerables de producción y no cupiese calificar de auténticas holdings. Sin embargo, las decisiones no siempre respondieron a los propósitos. Por ejemplo, entre las firmas disueltas figuraban, como era lógico, las holdings suprenas de Mitsui Asano, Nomura y Shibusawa; pero también aparecían dos importantes compañías comerciales, Mitsui Bussan y Mitsubishi Shoji, que si bien controlaban respectivamente 58 y 40 firmas en proporciones del 15% al 33%, no entraban en la categoría propia de holding. La Comandancia las trituró por sus "despiadadas actividades" en los años anteriores a 1945 (199). Otras entidades disueltas eran industrias familiares más bien pequeñas respecto a las zaibatsu, y procedían de la quinta y última designación hecha por la Comisión.

En la mayoría de las holdings "reorganizadas" tras su disolución, grandes compañías fabriles o mercantiles, por lo que cabe considerar correcta su inclusión en el grupo, figuraban las entidades rectoras de Mitsubishi, Sunimoto y Yasuda, que poseían instalaciones propias, y las filiales clave de los Cuatro Grandes y de Nakajima, así como holdings aje - (199) CFR. KOZO YAMAMURA, Economic Policy in Postwar Japan pag. 5.

nas a la red de los 10 grupos "designados" (Nitchisu, Riken, - Okura) y algunas compañías de servicios públicos, (Telecomunicaciones Internacionales) y empresas nacionales (Compañía Japonesa del Hierro y del Acero).

En cuanto a la lista de compañías ni disueltas ni reorganizadas en forma de "sociedad continuadora", sino únicamente desvestidas de sus rasgos de holding, la realidad es que no tenía diferencia sustantiva con el grupo anterior, lo cual confirma que fueron fundamentalmente exigencias administrativas y contables las que determinaron la distinción. No es extraño, pues, que las compañías comprendidas en la categoría 3 fuesen del mismo tipo que las incluidas en la 2. Por lo demás, las 11 sociedades de la categoría 3 fueron también "designadas" en virtud de la Ley de Desconcentración, a la que más adelante nos referiremos.

Por fin, el grupo 4 (compañías subsistentes sin cambio) representaba una suma muy heterogénea, desde algunas filiales de gran importancia de los Cuatro Grandes, pasando por filiales de los otros Seis, hasta determinadas sociedades de hilados de algodón. Veintiocho de las 30 entidades comprendidas fueron también designadas en el ámbito de la Ley Desconcentradora.

La impresión de conjunto segregable de las cifras expuestas es que, si bien rigurosa, la depuración no llegó a ser draconiana, como lo prueba, al fin y al cabo, que más del tercio del número total de firmas escapara no sólo a la disolución, sino a la reorganización, y a pesar de las anomalías señaladas se impone dictaminar que, en general, se aplicaron con justicia selectiva las órdenes de disolución y remodelación, pues afectaron a las que verdaderamente constituían empresas preponderantes en la economía nacional.

Señalamos, a título complementario, que durante julio y agosto de 1948, se dictaron decretos prohibitivos del uso de las marcas familiares tradicionales o de patronímicos de las zaibatsu, así como las denominaciones de las antiguas compañías holdings, medida que obligó a centenares de firmas a modificar su razón social y sus marcas comerciales.

Cabe, por último, preguntarse qué efectos surtieron las reformas sobre la posición económica de los clanes oligarcas.

En otras palabras, ¿fueron efectivamente trituradas las zaibatsu como tales grupos de poder económico? La respuesta es afirmativa para la totalidad de los historiadores (200). Las zaibatsu sufrieron en verdad pérdidas prácticamente irreparables por la coyuntura inflacionista de la época que desembocó en la depreciación vertiginosa del yen. Si consideramos que en el ámbito sólo de la Comisión Liquidadora de holdings los miembros eminentes sujetos a "designación" habían entregado hacia fines de 1947 una cantidad de 1.865.000.000 de yens en títulos (yens de diciembre de 1945); que en los años siguientes hasta 1951 tuvieron que transferir cantidades mayores aún, tanto a la Comisión como a las restantes autoridades citadas; que por toda compensación no habían recibido, hasta marzo de 1950, más que 1.830.000.000 yens en títulos de la Deuda sin interés, intransferibles y amortizables en 10 años, y por fin, que esas cédulas no valían en 1950 más del 5% de los valores expropiados, se obtendrá una imagen bastante fiel de la ruina literal, en que la "reforma de estructuras" se tradujo para los oligarcas financieros de la nación vencida. El viento de la represión barrió para siempre las participaciones accionarias de las zaibatsu en numerosas firmas y sus nombres des-

(200) Cfr. En particular KOZO YAMAMURA, op.cit. págs. 11-12

parecieron incluso de las listas de accionistas de los Bancos por ellos fundados y regidos. Es más, "cambió la vida - misma de las antiguas zaibatsu, como había cambiado la vida del Japón entero" (KOZO YAMAMURA, op.cit.pág. 11, in fine); los señores desposeídos descendieron a la modesta condición de rentistas, y tuvieron que vender la mayoría de sus palacios y de las riquezas mobiliarias y artísticas que atesoraban, por lo que la opinión acuñó para ellos el poético nombre de "tribu del sol declinante".

c) La liquidación político-económica de las personalidades directivas.

Estudiada la faceta dineraria, crematística, de la gran reforma, describamos ahora su faceta pesonalista, es - decir el conjunto de disposiciones excepcionales que afectaron a la situación profesional de los prohombres del antiguo Japón. En otras palabras, hemos estudiado la expropiación a que - fueron sometidas las zaibatsu; veamos ahora la separación que se les impuso de las actividades empresariales y económicas.

El documento JCS 1380 había dado al General MCARTHUR instrucciones tajantes: "Prohibirá usted la permanencia en puestos de responsabilidad importante o de influencia en la industria, comercio o agricultura, o la elección para esos cargos, de cuantas personas fueron exponentes activos del nacionalismo militante y de la agresión, o participaron activamente en las organizaciones enumeradas en el párrafo 5 (g) de la presente directiva y de los que no orienten el futuro esfuerzo económico del Japón exclusivamente hacia fines pacíficos( A falta de prueba en contrario convincente a su juicio, presumirá usted que cuantas personas ocuparon puestos clave de alta responsabilidad desde 1937-



en la industria, las finanzas, el comercio o la agricultura han sido exponentes activos del nacionalismo militante y agresor). Ahora bien, esta redacción complicaba, en vez de simplificar, la misión del Comandante Supremo, como acertadamente han señalado ELEANOR M. HADLEY (op. cit., pág. 87) y T.A. BISSON (201) ya que no tomaba como punto de referencia la concentración del sistema industrial y financiero, sino únicamente los vínculos, reales, pero exagerados, del gran capital con los clanes militaristas. Ciertamente algunos prohombres habían laborado en concomitancia al bando belicista, pero se trataba de excepciones. El programa nació, pues, con el vicio original de su enfoque vindicativamente político y no económico. No es que este defecto de concepción invalidara, ni mucho menos, las medidas que tuvo que promulgar el Gobierno japonés; por el contrario, como veremos, la "purga" impulsó la renovación de los puestos de mando de las mayores sociedades y el acceso de hombres jóvenes. Pero si se hubiese enfocado con criterio auténticamente económico, es decir, desconcentrando los gigantescos conglomerados de la economía, los frutos habrían sido más abundantes y, sobre todo, menos discutidos, no ya en el Japón, sino en los mismos Estados Unidos, donde la opinión conservadora no dejó de denunciar, con cierta razón, una política incompatible a su juicio con las normas del sistema capitalista americano.

La operación depuradora se consumó en dos fases, la política y la propiamente económica.

Estaba prefigurada aquélla por el propio Plan Yasuda (ver apartado anterior) que, a principios de 1945, ofreciera la dimisión de todos los miembros de las zaibatsu. (201) T.A. BISSON, Zaibatsu Dissolution in Japan, Berkeley, 1954, págs. 158-1959, citada por la propia doctora HADLEY en el pasaje de referencia.

Sin embargo, la Ordenanza Imperial 233, que dio carácter obligatorio a la sugerencia, no se promulgó, como se recordará, hasta el 20 de abril de 1946, cuando ya el Gobierno nipón se disponía a sabotear la aplicación de las reformas. Así, la Ordenanza no se refería a la oferta de dimisión de "todos sus cargos" por los individuos de las zaibatsu, sino a que la Comisión Liquidadora dirigiría los negocios de las holdings designadas para disolución, sustituyendo, pues, a sus antiguos dueños y administradores. No tardó el Mando Supremo en reaccionar, pues en julio ordenó al Gabinete que eliminara la influencia, no sólo de los miembros de las zaibatsu, sino también de las personas de confianza por ellas nombradas en todo cargo de responsabilidad y que pusiera fin al nombramiento de consejeros comunes en dos o más entidades. Efectivamente, en diciembre, o sea cinco meses más tarde, se excluía, enmendando la Ordenanza 233, de todo cargo de negocios a las personas integrantes de esas familias y se incluían (ver apartado anterior) los valores de su propiedad en la jurisdicción de la Comisión Liquidadora. Hasta al cabo de un trimestre no se hizo la designación concreta de 56 personas, y por lo que atañe a los nombramientos de confianza, la ordenanza correspondiente no se promulgó hasta enero de 1948.

La purga económica se anunció el 4 de enero de 1947 y fundamentalmente consistió en remover a individuos que habían ocupado puestos clave en 245 grandes sociedades (160 en Japón y 85 en sus posesiones) que citaba el párrafo 11 de la Ordenanza, entre el comienzo de la guerra en China (1937) y el final de la Segunda Gran Guerra. Los altos titulares de estas compañías, entre las que figuraban, con toda lógica, algunas de índole financiera, fueron automáticamente obligados a renunciar y se les prohibió ocupar posición alguna de-

"servicio público", entendiéndose así no sólo la esfera gubernamental y paraestatal, sino las grandes compañías del "sector privado" designadas como tales. Todo hombre de negocios "purgado" podía aceptar un cargo de rango inferior en su propia empresa, supuesto altamente improbable en una sociedad - por todos conceptos jerárquica como la japonesa, o pasar a una posición de mando en una compañía no designada (aunque - fuese filial de su propio grupo), caso que se dió con frecuencia.

Las 245 compañías cuyos dirigentes fueron automáticamente revocados se acogieron en virtud de criterios que, a menudo, invocaban la expresión de "manifiestamente monopolísticas", error, o, por lo menos, imprecisión, ya que, por asumir la concentración forma de grupo "conglomerado", había poquísimos ejemplos de sociedades "monopolísticas" stricto sensu. Además, se hizo la selección sin información suficiente y sin tiempo para un análisis ponderado.

La Ordenanza de enero de 1947 mantenía la distinción señalada en 1946, entre dos categorías de "servicio público", a saber "cargos principales" y "cargos ordinarios"; los titulares de "cargos principales" quedaban automáticamente separados, mientras que los ocupantes de "cargos ordinarios" podían ser destituidos, en caso de prueba contra ellos, pero si no, estaban facultados para continuar en sus puestos, aunque no para pasar a otro. Se consideraban "cargos principales" los de Presidente y Vicepresidente del Consejo de Administración, Director Gerente, Censor Permanente de Cuentas (standing auditor), Asesor o consejero activo, accionista principal, entendiéndose por tal al propietario del diez por ciento o más del capital o al ejercitante directo o indirecto de influencia decisiva en la dirección de la compañía, y por último, cualquier situación que de hecho -

ejerciese autoridad o influencia análoga. Se entendía por "cargos ordinarios" los de "censor de cuentas, asesor, consejero, jefe del departamento comercial o contable y cualquier administrador con facultades semejantes".

Además de las 245 compañías "manifiestamente monopolísticas", se citaban otras que incluían entidades cuyos dirigentes podían ser revocados "en virtud de pruebas" (evidentially). En efecto, el párrafo 6 citaba a las compañías y corporaciones cuyo principal accionista era el Estado: Banco de Japón, Banco Hipotecario del Japón, Banco Industrial del Japón, Compañía Japonesa del Carbón, etc., hasta un total de 26. El párrafo 7 se refería a las compañías designadas en virtud de la Ley de Ajuste Transitorio entre la Oferta y la Demanda dictada durante la guerra para distribuir los pedidos y suministros del Estado a las diversas firmas. El párrafo 8 nombraba a 87 organizaciones instituidas en virtud de leyes especiales y alimentadas por subsidios estatales, por ejemplo el Club Industrial del Japón, el Consejo Japonés del Hierro y del Acero, la Federación de Constructores Navales, y por último el párrafo 12 indicaba una serie de firmas influyentes, de índole financiera, aparte de los Bancos y Sociedades de inversión del párrafo 11, tales como la Compañía de Desarrollo de Hokkaido, Petróleos Maru gen, Compañía Naviera Nissan, hasta un total de 38.

A medida que operaba la purga económica, se abría una grave laguna, mejor dicho una posible vía de escape, en el supuesto de directivos que dimitieran espontáneamente en vez de esperar a que se les declarase revocados. Consiguientemente se dictó al cabo de nueve meses una nueva legislación que permitía la "designación provisional", en virtud de la cual se incluía a todos los titulares principales de las compañías sometidas a depuración como sujetos a

las disposiciones de la purga, siempre que hubiesen ejercido entre 1937 y 1945. Si un designado o excedente quería apelar contra su inclusión, podría hacerlo en un lapso de 30 días. De lo contrario, permanecía en la "designación provisional".

En cuanto al número de personas a quienes afectó el desahucio, no hay exactitud en las estadísticas, pero los márgenes de discrepancia son lógicamente bastantes inferiores a los que se observan en el cómputo de los valores expresados. La Sección Política (Government Section) del Mando Supremo elaboró la siguiente tabla, que parece la más fidedigna:

-Número de directivos sometidos a depuración .....	6.951
-Número de directivos depurados con éxito .....	<u>6.312</u>
-Número de directivos efectivamente purgados .....	639
-Número de directivos purgados por "designación provisional" .....	<u>896</u>
<u>Total de directivos purgados de uno u otro modo .....</u>	<u>1.535</u>

Si se advierte que, en conjunto, las entidades designadas por los diversos conceptos, es decir, párrafo 11 por un lado y párrafos 6,7,8 y 12 por otro, fueron más 400 (no se conoce la cifra exacta oficial, porque el informe de la Sección Política no especificaba cuántas compañías fueron designadas con cargo al párrafo 7), y se considera que en definitiva sumaron 1.535 los dirigentes proscritos (entre ellos algunos ya retirados), se averigua que, en definitiva, no llegó a cuatro personas por firma el promedio de exclusiones.

Ahora bien, no se redujo la depuración a las medidas expuestas, sino que, como anunciamos, el Mando Supremo presionó a Tokio para que separase a los hombres de confianza nombrados por las zaibatsu (zaibatsu appointees), y en consecuencia el Gabinete elaboró la "Ley de Supresión del Control

por las zaibatsu,<sup>11</sup> que, promulgada el 7 de enero de 1948, - cuyo artículo I enunciaba como objetivo básico "extirpar el vínculo personal que ha servido de nudo influyente para la formación y mantenimiento de las empresas zaibatsu, prestando así un desarrollo sano de la economía japonesa sobre una base democrática". Se agrupaban los complejos de filiales de las zaibatsu en siete categorías, según su mayor o menor grado de cercanía a las holding suprema respectiva. En las compañías componentes de las tres primeras procedía la exclusión obligada (mandatory removal), o sea virtualmente automática. Concretamente se excluía a todos los ejecutivos en las filiales del grupo A, los ejecutivos con rango superior al de director permanente en las firmas del grupo B, - y los directivos supremos y con cargo representativo en el grupo C, entendiendo por exclusión no sólo la remoción de sus titularidades sino la imposibilidad de obtener puestos en el mismo complejo o agrupación de empresas. En las demás categorías, D, E, F y G, la separación sólo procedía en virtud de pruebas determinadas en contra del interesado (evidential removal).

A continuación insertamos, según los datos de la Presidencia del Consejo de Ministros japonés, dos cuadros, - el primero de los cuales refleja el número y clase de empresas afectadas por la ley de enero de 1948, así como el número de personas (tanto fallecidas como vivas) que en principio quedaban incluidas en el ámbito de aquélla (202)

(202) Tomados de ELEANOR M. HADLEY, op.cit., págs. 101 y 102. Algunas de las cifras han sido corregidas por la doctora HADLEY respecto a la fuente original, y así las hemos transcrito.

<u>Zaibatsu</u>	Número de compañías por grupo							(203) Totales	Directivos
	A	B	C	D	E	F	G		
<u>Mitsui</u>	23	28	15	46	239	61	3	405	1.048
<u>Mitsubishi</u>	14	13	8	10	142	61	1	249	548
<u>Sunitomo</u>	14	10	13	9	111	74	7	239	564
<u>Yasuda</u>	5	5	4	16	43	36	1	210	266
<u>Nissan</u>	4	19	26	33	64	63	1	210	601
<u>Okura</u>	1	3	4	24	33	12	0	77	129
<u>Furukawa</u>	1	4	6	9	27	40	1	88	198
<u>Asano</u>	1	4	2	12	65	9	0	83	113
<u>Fuji</u>	1	2	2	61	29	78	0	173	65
<u>Nomura</u>	1	3	6	10	18	9	1	48	136
<b>Totales</b>	<b>65</b>	<b>91</b>	<b>86</b>	<b>220</b>	<b>771</b>	<b>443</b>	<b>15</b>	<b>1.682</b>	<b>3.668</b>

Este era, pues, el cuadro global de las personas y compañías que debían, en principio, quedar sujetas a depuración. Veamos a cuantos directivos importó realmente la ley:

Sujetos a depuración ..... 3.668

De ellos, quedaron excluidos ..... 3.054

a) por dimisión o jubilación ..... 1.673

b) por haberles afectado ya la purga económica ..... 758

c) por fallecimiento ..... 623

Quedaban como depurables ..... 614

Fueron finalmente separados ..... 40

Modesto fué, pues, el resultado efectivo: sólo 40 separaciones de 614 depurables.

(203) A= Afiliadas directas de una de las zaibatsu; B= Afiliadas cuasi-directas a las zaibatsu; C= Compañías asociadas a una zaibatsu; D= Compañías "restringidas" (Con arreglo a la Ordenanza Imperial 657); E= Compañías filiales (según la definición de la Ordenanza Imperial 567); F= Compañías conexas (en el sentido de "compañías afiliadas", según la definición de la Ordenanza Imperial 567); y G= Compañías sucesoras (según las definiese el Primer Ministro). Por afiliada se entendía toda sociedad cuyo capital estuviese, en mas del diez por ciento, en manos de filiales de una zaibatsu, o de firmas cuyo capital, a su vez estuviera en un diez por ciento o más, en manos de más de dos empresas pertenecientes al grupo de una holding cualquiera designada como tal.

Retengamos, por otra parte, que el interdicto legal-  
estuvo en vigor menos de cuatro años, ya que en mayo de 1951-  
un memorandum del nuevo Comandante Supremo general RIDGWAY a-  
Tokyo, con motivo del cuarto aniversario de la Constitución -  
parlamentarista, autorizó que se revisaran "las ordenanzas vi-  
gentes dictadas en aplicación de las directrices de esta Co -  
mandancia, con objeto de implantar mediante los procedimientos  
establecidos las modificaciones que la experiencia del pasado -  
y la situación actual hagan necesarias y deseables". El Gabine-  
te actuó con prontitud, hasta el punto de que, según el docu -  
mentado estudio de BISSON (op.cit. pág. 179), a fines de octu -  
bre del mismo año "sólo 80 individuos afectados por la purga-  
económica permanecían aún sujetos a designación". Otros auto-  
res difieren en las cifras pero hay unanimidad en el aserto -  
de que hacia mayo de 1951 todas las personas objetos de medi-  
das punitivas y preventivas habían quedado libres. Por fin, -  
las designaciones de miembros de las zaibatsu fueron cancela-  
das el 11 de julio de 1951, fecha en que fué disuelta la Comi-  
sión Liquidadora de Holdings.

Desgraciadamente apenas se dispone de estudios con-  
cretos y minuciosos sobre los cambios y alteraciones en los -  
cuadros directivos de la economía nipona dimanados de las me-  
didas expuestas. Parte de la dificultad de aquilatarlos pro-  
viene del hecho de que hubo simultáneamente otros dos progra-  
mas de reformas que no dejaron de ejercer influjo en la es-  
tructura directorial. Nos referimos a la reorganización de -  
las compañías manufactureras consideradas como "concentracio-  
nes excesivas", realizada por la Ley 207, de 1947, y las reor-  
ganizaciones consumadas en virtud de dos leyes gemelas que -  
preveían procedimientos especiales para cualesquiera socieda-  
des abocadas a la quiebra como consecuencia de la situación -  
post-bélica, la de "Reconstrucción y Reorganización Financiera



de las Empresas" (Ley nº 39/1946) y la de "Reconstrucción y Reorganización Empresarial" (Ley nº 40/1946), que trataremos. He aquí un ejemplo: En virtud de la ley nº 207/1947, sobre "Eliminación de la Concentración Excesiva del Poder Económico", la Compañía Mitsubishi de Industria Pesada fue fraccionada en tres sociedades con los nombres de Industrias Pesadas del Japón Oriental, Industrias Pesadas del Japón Central e Industrias Pesadas del Japón Occidental. Evidentemente, la partición suponía montar dos Consejos más de Administración, y elevar a la categoría de directores a un número notable de ejecutivos. En mayor escala aún sucedió lo mismo con las firmas de índole financiera.

A pesar de la insuficiencia de los datos estadísticos, cabe apreciar, que, en general, la purga económica alcanzó sus propósitos, al saber, el desahucio de ciertos elementos considerados peligrosos por las autoridades de ocupación y más aún la ruptura de los lazos quasi-feudales de fidelidad y vasallaje que habían caracterizado el funcionamiento de las empresas dominantes durante más de medio siglo. Como ha escrito KAZUO KAWAI (204) "... a despecho de su relativamente breve duración y de otras insuficiencias, la purga obtuvo el objetivo propuesto. Al eliminar a muchos antiguos-dirigentes, permitió que una generación de directivos primeriza montara una plataforma desde la cual fue capaz de resistir en muchos casos a los intentos de restitución de los purgados. Aún cuando la poda no podía, naturalmente, garantizar la buena calidad de los directivos novicios, realizó lo que se debe considerar aporte esencial al proceso de democratización". Dejando aparte los juicios de valor inspirados por una inequívoca posición ideológica, está claro el resultado de

(204) Japan's Economic Interlude, Chicago, 1960 págs. 92-93 - cit. por ELEANOR M. HADLEY, op.cit. 94-96

una operación reformista, que en definitiva supuso indirectamente un grado notable de desconcentración, del poder decisivo en las firmas dominantes.

Ahora bien, nada tan convincente y expresivo, como el testimonio de las que, en cierto modo, podríamos llamar - víctimas. He aquí lo que decía en 1955 un estudio del Instituto Mitsubishi de Investigación Económica: "Con la ruinosa disminución de la fortuna de las familias Mitsui, la disolución de Mitsui Honsha Ltd. (holding suprema del grupo), la completa democratización del sistema accionario de las compañías Mitsui y el retiro de los miembros de la familia Mitsui y de los ejecutivos anteriores, la poderosa organización de la empresa Mitsui ha sido totalmente disuelta como complejo de negocios desde el punto de vista tanto de capital como del personal. En este sentido, la disolución de los grandes grupos de negocios con el fin de democratizar la economía japonesa como pretendía el Mando Supremo, se ha realizado concretes" (205). A nuestro juicio, el pasaje es tanto más persuasivo cuanto que procede del gran rival de Mitsui.

d) La "desconcentración" técnica de las empresas principales.

Evidentemente, no bastaba disolver las compañías - holding, disponer de sus participaciones accionarias a las familias principales y vetar a sus miembros y deudos. Era indispensable, desde la óptica del gobierno vencedor, reducir la dimensión de las empresas en cuanto unidades productivas o distribuidoras llamadas a competir en mercado abierto y libre de restricciones monopolísticas. Ahora bien, la Comisión Liquidadora de Holdings no tenía las facultades necesarias. Podía, si, pues para eso se había creado, disolver las compañías que- (205) El título del estudio era Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo pág. 30 (citado ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 201)

designara como holdings, pero no reformarlas, ni obligarlas a modificar su estructura. La Ley de Reconstrucción y Reorganización Empresarial (ERR) le confería poder para remodelar las corporaciones abocadas a la insolvencia (prácticamente todas las principales al volver 1946) por cancelación de los pagos e indemnizaciones que el Gobierno les debía en concepto de pedidos y requisas durante la guerra, pero no contenía criterios, antitrust ni a la Comisión Liquidadora correspondía su aplicación. Hubo de promulgarse, por consiguiente, tras varios meses de presión del Comandante Supremo, una normativa especial de signo transitorio, la "Ley para la Eliminación de las Concentraciones Excesivas de Poder Económico", que, tras la negociación de sus preceptos básicos con Washington a través del Departamento del Ejército, fue aprobada por la Dieta nipona el 8 de diciembre de 1947, y promulgada diez días más tarde, con el número 207/1947 (abreviadamente Ley de Desconcentración). Se trataba, en realidad, de una ordenanza homóloga a las dictadas un año antes en la zona norteamericana de Alemania occidental (206).

Es quizá el comunicado de la Comandancia Suprema inserto en el Nippon Times de 18 de diciembre (fecha de entrada en vigor de la Ley) la expresión más categórica de los objetivos de la norma recién aprobada: "Su propósito general es establecer una base razonable para la competencia y libertad de empresa, eliminando las concentraciones de poder económico que ahogaban la eficacia así como la libertad... Es esencial considerar que esta Ley de Desconcentración no trata de obstaculizar la producción en gran escala ni de prohibir empresas eficazmente integradas.... Del mismo modo debe quedar claro que la Ley de Desconcentración no fija dimensión máxima o mínima (206) Ordenanza sobre "Prohibición de la Concentración Excesiva del Poder Económico Alemán", de 28 de enero de 1947, Oficina del Gobierno Militar de los Estados Unidos (OMGUS).

nina para las empresas mercantiles y que deberá ser implantada, ponderando cuidadosamente los hechos que efectivamente caracterizan a cada compañía afectada por ella...".

Los preceptos claves de la Ley eran sus artículos tercero y sexto. Uno de los pasajes de aquél decía: ".... se definirá como excesiva concentración de poder económica toda empresa privada dirigida con fin de lucro, o agrupación de empresas de esta naturaleza, que por razón de su tamaño relativo - en cualquier sector o del poder cumulativo de la posición que ocupe en multitud de sectores, restrinja la competencia o - coarte las oportunidades de los demás de dedicarse independientemente a los negocios en cualquier línea importante de éstos". La definición se basa textualmente, según se aprecia de modo patente, en la formulada por el párrafo 2 del documento-SWNNC 302/2, de 22 de enero de 1947.

El artículo sexto enumeraba los criterios atendi - bles por la Comisión Liquidadora cuando publicase los módu - los concretos y definitivos sobre lo que cabía entender por - "concentración excesiva de poder económico" (observemos que - ni una sola vez se habló de "poder del mercado", sino única - mente de la noción amplia de "poder económico", que por otra parte parecía responder mejor a la estructura del Japon):

a) La posición que la empresa ocupara en el mercado, así como el modo de alcanzarla (por crecimiento autónomo o por - medio de fusiones);

b) número de filiales;

c) si las fábricas de la compañía matriz operaban cada una de por sí o si estaban vinculadas entre ellas a través - de compras comunes de materias primas, de la producción de - bienes intermedios o de la venta en común del producto final.

d) historia de las prácticas monopolísticas de la compa - ñía.

Para disipar toda incertidumbre en los círculos de negocios, se acordó precipitar las designaciones.

En un radiograma de 28 de enero de 1948 al Departamento del Ejercito, McARTHUR comunicaba:

"Parte Primera.- Designación para Examen como Concentraciones - Excesivas. 1.- En cumplimiento de lo preceptuado por los artículos terceros y sexto de la Ley Pública del Japón nº 207...., las compañías serán públicamente designadas en cuatro categorías con arreglo a la clasificación de a) industriales; b) de distribución y servicios; c) de seguros y d) bancarias. El proyecto consiste en que la Comisión Liquidadora designe a las compañías con prontitud, dando así a los establecimientos no designados la seguridad de que no se verán obligados a reorganizarse como concentraciones excesivas en el sentido de esta Ley.

"2.- Los criterios de designación y reorganización serán promulgados por la Comisión Liquidadora de Holdings para cada una de las cuatro categorías simultáneamente al anuncio de las corporaciones designadas, con excepción de los módulos referentes a las instituciones financieras, que no se harán públicas al principio..

"3.- Se proyecta requerir a la Comisión Liquidadora de Holdings a que designe primero a las compañías industriales, en segundo lugar las de distribución y servicios, en tercer lugar las de seguros y los bancos con arreglo a un procedimiento especial. Las instituciones bancarias, de las que seis caerán probablemente en la clasificación de concentraciones excesivas, serán designadas por separado. Los bancos que probablemente se vean afectados por la de concentración se reorganizan ya en virtud de lo dispuesto por la Ley de Reconstrucción y Reorganización de Instituciones Financieras, y se están efectuando los cambios principales necesarios para eliminar.

...sus características de concentración excesiva. El objetivo es realizar la reorganización de los bancos al máximo grado posible antes de que se anuncie públicamente, a fin de que se evite la pérdida de la confianza del público en la estructura bancaria o en algún establecimiento de crédito." Nuevamente advertimos de modo inequívoco el principio del trato de favor a la banca, justificado en este caso por razones elementales de seguridad.

El 8 de febrero de 1948 anunció la Comisión Liquidadora la designación de 257 compañías del campo industrial y el 22 de febrero, la de 68 sociedades de los sectores de distribución y servicios, o sea, en total 325 entidades. Al mismo tiempo publicó la Comisión un Aviso en que concretaba en detalle sus criterios de clasificación a título de "concentración excesiva".

"Se considerará concentración excesiva (entre las compañías designadas para examen) a toda empresa privada dirigida con fin de lucro, o a toda agrupación de empresas de esta índole, que incida en alguno de los criterios siguientes.....:

1.- Que produzca o tenga capacidad para producir una proporción suficiente de la oferta de una mercancía o de un servicio para ocasionar un aumento sustancial de precios o una dificultad notable a los compradores en potencia o al público en general si se retirara esa oferta de un mercado carente de control;

2.- Que distribuya el volumen suficiente de una mercancía o servicio como para que se produzca un aumento sustancial de precios o una dificultad considerable para los compradores potenciales o el público en general si se retirara esa oferta del mercado;

3.- Que tenga bastante influencia y poder en su campo y actividad como para adoptar una acción susceptible de dificultar en gran medida la entrada de otro empresario en el mismo sector en condiciones racionales de competir con éxito;

4.- Que haya adquirido otras organizaciones, unidades operativas o empresas o parte de ellas y haya disfrutado privilegios monopolísticos y controles dominantes como resultado de la política de movilización bélica desde 1937;

5.- Que tenga suficiente influencia y poder acumulativo a través de sus actividades en sectores de actividad no relacionados entre sí como para restringir la competencia o coartar las posibilidades para los demás de establecerse como empresarios independientes.

Se observará que los criterios expuestos eran bastante más rigurosos que los que había elaborado la jurisprudencia, en conjunto conservadora y abstencionista, de los Estados Unidos. Comparemos, por ejemplo, los criterios 1 y 2 que hacen del tamaño una presunción de "concentración excesiva", con las sentencias del Tribunal Supremo de 1920 en el asunto U.S. STEEL y de 1948 en el litigio Columbia Steel, donde en definitiva se afirmaba (en la primera de ellas, incluso textualmente) que la simple dimensión no constituye delito. En realidad, cabría decir que los módulos aplicados por los ocupantes a las naciones vencidas (Japón y Alemania) prefiguraban los que al cabo de 20 años ha empezado a desarrollar para las propias empresas americanas una Administración cada día más inquieta por las proporciones que cobraba intramuros el proceso concentrador; en otras palabras, ha tenido que transcurrir casi un cuarto de siglo para que Norteamérica repare en que tenía en su ojo una viga como las que en

1947 pretendía extirpar con farisaico puritanismo de la pupila de sus dos enemigos.

¿Como se aplicaron los módulos?. La Comisión designó, como hemos dicho, 325 compañías y cabe decir que, en general, sus decisiones fueron acertadas, pues la verdad es que no se escabulló una sola de las empresas dominantes. Así, fueron designadas Tokyo Shibaura Eléctrica, Hitachi Manufacturera, Mitsubishi Eléctrica, la gigantesca Japonesa de Metales Ligeros, que, perteneciente a Furukawa, tenía en 1937 el 52% de la producción nacional de aluminio; la Imperial (Teikoku) Petróleos, cuya predecesora, la Japonesa de Petróleos, acaparaba en 1937 el 67% de la producción; la Japonesa de Maquinaria de Precisión, filial de Mitsubishi, que detentaba en 1937 el 47%; la Química Mitsui, que, como departamento de la Mitsui Minera suponía en 1937 el 28% de los colorantes; Asahi de Vidrios, otra filial de Mitsubishi, con el 73% de la producción de cristal de 1937. Fue un acierto que, en lo fundamental, compensa errores como la inclusión de firmas relativamente pequeñas y sin parangón, en ningún caso, con las mencionadas.

Mientras tanto, hacia finales de 1947 se sentía una creciente hostilidad en los medios financieros y gubernamentales de Washington al conjunto del programa de reformas, tal como aparecía formulado en el documento SWNNC 302/2 (resumido en el apartado a), que, había sido indebidamente revelado por fuentes no oficiales. En septiembre el nuevo Subsecretario del Ejército WILLIAM H. DRAPER, que ya se distinguía como asesor económico del general LUCIUS CLAY, Alto Comisario norteamericano en Alemania, visitó el Japón, y a su regreso advirtió al Departamento de Estado que la aplicación íntegra del programa haría de aquel país "una tutoría permanente para los Estados Unidos" (a permanent ward of the United States).



Más se acentuó el viraje de la Casa Blanca, cuando en abril una nueva visita del citado Subsecretario DRAPER, Presidente del Chemical Bank and Trust Co, asistido por una misión técnica presidida, por PERCY H. JOHNSTON, abocó a un informe que, dirigido oficialmente al propio DRAPER, analizaba puramente el problema de la economía japonesa en término de "recuperación", y sugería, en lo relativo al programa desconcentrador, limitar la "reorganización al mínimo necesario para garantizar una competencia razonable".

A la vista del informe JOHNSTON, el Comandante Supremo comprendió que el número de 325 compañías desconcentrables era ya excesivo y se dispuso a decretar una larga lista de exclusiones, es decir, de firmas exoneradas. Efectivamente el memorandum del Cuartel General publicado a mediados de abril anunciaba una nueva política basada en los siguientes principios: a) no se calificaría a banco alguno de concentración excesiva ni se le sometería a reorganización en el marco de la Ley Desconcentradora; b) no quedarían sujetas más de veinte compañías a reorganización en virtud de esta Ley (el número final sería 19), y deberían escogerse en función de la interferencia supuestamente abusiva que ejerciesen en la recuperación económica del país; c) el resto quedaría excluido de la designación, debiendo ser cien, por lo menos, las sociedades tachadas en la primera tanda, sin perjuicio de que, si fuese necesario, permanecieran bajo vigilancia de la Comisión de Comercio-Lícito.

Pronto se pasó del dicho al hecho. El 1º de mayo de 1948 anunciaba la Comandancia que la Comisión Liquidadora se proponía exonerar a 194 firmas industriales y distribuidoras de la designación que sobre ellas gravitaba. Cincuenta quedarían excluidas por no constituir propiamente "concentraciones-

excesivas" ,y se consideraba a las otras 144 "concentraciones relativamente menores" que podrían subsistir ora bajo vigilancia, ora previa renuncia a ciertas relaciones de filialidad para eliminar elementos monopolísticos. Se puntualizaba que se trataba de un primer paso, al cual seguirían otras listas. Efectivamente, el 1º de julio quedaron excluidas 31 firmas, con lo que ya eran 225 en total las exoneradas, y ese mismo mes se anunció que no se designaría a ninguno de los bancos de las zaibatsu, pues la influencia de éstas había sido eliminada ya, gracias a la disolución de la holding respectiva, y además estaban todos ellos sujetos a las disposiciones de la recién promulgada Ley Antimonopolio sobre prohibición de participaciones intersocietarias. Mientras tanto quedó interrumpida la aplicación de la Ley 207 para dar tiempo a la Junta Revisora, que había llegado en mayo, a formular sus recomendaciones.

Aunque en la memoria inicial que envió MCARTHUR acerca del ámbito de sus facultades y del objeto preciso de su misión, la Junta reconocía que su misión consistía en "examinar el impacto y efecto de la actividad desconcentradora sobre la eficacia operativa de las empresas... afectadas, y su efecto consiguiente sobre la economía general industrial, financiera o comercial de la nación", la realidad es que la Junta ignoró virtualmente sus propias limitaciones. Con motivo, en efecto, del primer caso examinado (la poderosa firma Nippon Soda, compañía holding y a la vez operante de una de las zaibatsu de menor envergadura ), la Junta anunció cuatro "puntos" a título de "guía" a la Comisión Liquidadora para determinar qué sociedades no constituían concentraciones exageradas, módulos que a todas luces desbordaban el ámbito de competencias de la Junta, pues nadie había pedido su opinión sobre lo que se entendía por concentración excesiva.

Comandante Supremo el 28 de agosto de 1948, decían:

Primero.- Tanto la Ley Pública nº 54( Ley Antimonopolio) como la Ley Pública nº 207 (la de Eliminación de Concentraciones - Excesivas de Poder Económico) se han dictado en virtud de la política de las potencias aliadas para el Japón.

Segundo.- El objetivo de entrambas disposiciones, tal como viene expresado en el artículo 1º de la Ley 54 y en el 3º de la Ley 207, es "eliminar y prohibir los monopolios, las combinaciones restrictivas del comercio y del tráfico, y las concentraciones excesivas que impidan o reduzcan la competencia".

Tercero.- La Junta observa con inquietud la evolución del programa de desconcentración y la inobservancia, al parecer, del principio básico señalado en el punto anterior en orden a la aplicación de la Ley 207.

Cuarto.- La Junta opina que los procedimientos establecidos en el marco de la Ley 207 deben conformarse a ese principio, y en este sentido dictamina:

- a) Que no se deberá dictar ordenanza alguna en virtud de la Ley Desconcentradora a menos que se demuestre "prima facie" que la compañía en cuestión "restringe la competencia o coarta las posibilidades de terceros de establecerse como empresarios independientes en cualquier sector importante de los negocios". Si no se ofrece esa demostración, la compañía deberá ser borrada de la lista de designaciones.

- b) Que la simple posesión de sectores de negocio no relacionados entre sí (non related lines of business) no es en sí misma suficiente para prejuzgar que una sociedad constituye concentración excesiva en el sentido de la Ley.

- c) Que la sumisión de un plan de reorganización a título voluntario no es en sí misma suficiente para conferir a la Comisión Liquidadora facultad de dictar una Ordenanza

al amparo de la Ley nº 207.

- d) Que las medidas que ordene la Comisión adoptar a una compañía en virtud de la Ley nº 207 deberán estar directamente relacionadas con los hechos por razón de los cuales - se considera que esa sociedad constituye concentración excesiva.

Finalmente la Junta hacía una recomendación al Comandante Supremo, concretamente que diese orden de que los principios o reglas formulados se aplicasen de modo efectivo en la ejecución de la Ley Desconcentradora.

Un cotejo cuidadoso del artículo sexto de la Ley Desconcentradora y de los módulos a, b, c, y d sugeridos por la Junta revela meridianamente que, por de pronto, la carga de la prueba se transfería de las compañías a la Administración, es decir, sería la Administración quien debería demostrar, por lo menos, indiciariamente, la influencia anti-competitiva de la entidad. Ya no se consideraba como motivo per se de desconcentración el tamaño de la firma, al que inequívocamente aludía la Ley con las palabras "proporción suficiente de la oferta total" y "suficiente influjo y poder en su campo de actividades". Por otra parte, exigir a la Administración en las circunstancias de la economía japonesa, que había estado sujeta a controles gubernamentales desde 1931 y más aún desde 1938, la prueba, siquiera prima facie, de una restricción de competencia, equivalía a exigir lo imposible (aparte de que la legislación no requería prueba alguna). La Junta lo reconoció, en cierto modo, al declarar en su informe final al Comandante Supremo (15 de julio de 1949) que al haberse caracterizado la economía nipona desde 1938 por la falta de competencia, "no había a disposición del Cuartel General de la Comandancia Suprema o de la Junta datos contemporáneos susceptibles.... de ser utilizados para apreciar los posibles efectos de reorgani

zar a las sociedades desde el punto de vista de la competencia".

Por otra parte, era improcedente y errónea la mención de la Ley Antimonopolio, inaplicable en absoluto al programa desconcentrador encomendado a la Comisión Liquidadora. La desconcentración de los grandes oligopolios se desarrollaba en virtud de un régimen excepcional y transitorio, y sólo después de consumada esa operación, entraría a regir como disposición general y permanente la Ley Antimonopolio, con la misión preventiva de mantener razonablemente desconcentrada la economía nacional en sus sectores básicos. Con su planteamiento venía la Junta a introducir un factor de complicación y oscuridad, tanto más cuanto que el órgano administrativo encargado de aplicar la Ley nº 54 no era la Comisión Liquidadora, sino, como ya se anticipó, la de Lícito Comercio.

A la vista de la nueva actitud de Washington, el Comandante Supremo, se inclinó, disponiendo que la Junta transmitiese sus instrucciones, es decir, los cuatro puntos fundamentales de referencia, a la Comisión Liquidadora. El primer acto consistió en recomendar (de hecho, en ordenar) a la Comisión que dejara sin efecto su Ordenanza nº 172 sobre la inclusión de la citada compañía Nippón Soda en la lista de designados, y en exponer a los siete miembros de la Comisión el significado de los cuatro puntos que en lo sucesivo habrían de aplicar.

En conjunto, la Junta sólo confirmó las órdenes de reorganización total de 11 compañías y de desposesión parcial de otras 8, así como el plan especial relativo a otra, o sea, 19 casos en total. De las 11 compañías "reorganizadas" 7 constituían verdaderos cuasi-monopolios, ya que dominaban abrumadoramente su respectivo sector (para la Junta el monopolio se cifraba en controlar el setenta por ciento o más de las ventas). Esos monopolios eran:

- Japonesa del Hierro y del Acero, que fue disuelta, o mejor dicho escindida, en cuatro compañías: Yawata Iron & Steel, - Fuji Iron & Steel, Nittetsu Steamship & Harima Fire Brick.
- Papelera Oji, que fué disuelta y dividida en 3 compañías.
- Teikoku Fiber, gran productora de fibras de diversas clases, Fué disuelta y dividida en tres empresas, una para el cáñamo, - otra para el rayón y una tercera con el nombre de Textil Central.
- Daiken Industries, que, dedicada al hilado del algodón, fué escindida, tras su disolución, en cuatro compañías.
- Tokyo Can, gran industria conservera. Pudo subsistir, si bien privada de la planta de Otaru, con la cual se creó una nueva empresa, Hokkai Canning.
- Dainippon Beer, complejo cervecero. Fué disuelta y remodelada en dos compañías, Japan Beer y Asahi Beer.
- Hokkaido Dairy Coop., gran centro lechero, mantequero y queso. Fué disuelto y reorganizado en dos sociedades, amén de ser desposeído de dos de sus 51 plantas.

Las cuatro restantes reorganizaciones afectaron a otras tantas sociedades que si no tenían carácter monopolístico, constituían exponentes provocativos del poderío de las zai batsu :

- Mitsubishi Heavy Industries, que, ya citada con su nombre - español Industrias Pesadas Mitsudishi, fué dividida, como se recordará, en tres entidades regionales: East Japan Heavy Industries, Central Japan Heavy Industries y West Japan Heavy Industries.

- Mitsui Mining (es decir, Minera Mitsui) que, propietaria de 7 minas de carbón y 14 minas metalíferas, fue autorizada a subsistir únicamente en el ramo del carbón, pasando todas sus explotaciones metalíferas a una nueva sociedad, Kamioka Mining.

-Seika (Sumitomo) Mining, que, propietaria de minas de hulla, cobre y otros metales, y fabricante de cobre y plata - electrolíticos, fué autorizada a continuar funcionando, si - bien en forma de 3 sociedades, una hullera (Seika Mining), otra metalífera (Besshi Mining) y otra dedicada a la construcción.

-Mitsubishi Mining, que, siendo, como las anteriores, - propietaria de numerosos yacimientos carboníferos y minas de diversos metales, pudo sobrevivir si bien con explotación separada para el carbón (Mitsubishi Mining) y los metales (Taihei Mining).

Se confirmaron, además, repetimos, siete casos de - reajuste parcial, que fueron:

-Hitachi Manufacturing, que, titular de 35 fábricas - de generadores eléctricos, maquinaria eléctrica y locomotoras de vapor, fué obligada a vender 19 factorías.

-Toshiba, que, propietaria de 43 fábricas de generadores, maquinaria eléctrica, tubos de vacío y bombillas, tuvo - que vender 27 plantas y un laboratorio de investigación.

-Teikoku Petroleum, que tenía cerca de 4.000 pozos - petrolíferos, fué obligada a desprenderse de diversos valores societarios, a vender numerosas concesiones inexploradas, tanto subterráneas como de superficie y a reorganizarse con una - nueva suma de capital.

-Japan Explosives, que, dedicada, según su nombre indicaba, a la fabricación de explosivos en 14 fábricas, tuvo - que vender sus participaciones societarias (salvo las que tenía en Japan Chemical Enterprise), y adoptar una nueva cifra de capital.

-Shothiku Motion Pictures, empresa cinematográfica - con 35 estudios, se desprendió forzosamente de diversos valores.

-Toho Motion Pictures, también cinematográfica, si bien de menor envergadura (17 estudios), fué igualmente conminada a vender determinados valores.

-Japan Express (portes y entregas), no tuvo más remedio que vender o ceder en arriendo a líneas ferroviarias-nacionales o privadas sus instalaciones terminales situadas en terrenos pertenecientes a esas líneas, deshacerse de la mayoría de los títulos que poseía y desprenderse de 72 de los 300 remolques y vehículos de entrega propiedad suya.

Queda, por último, el caso especial de Japan Electric Generation and Transmission, la cual, por razones que oficialmente se ignoran, no figuraba entre las 325 sociedades-designadas por la Comisión Liquidadora, aunque representaba nada menos que el 100 por 100 de la generación y distribución de energía eléctrica en el país. La Comisión delegó la reorganización a un órgano de nueva planta, la Comisión de Servicios Públicos.

La Junta terminó sus actividades en agosto de 1949. Si se estudian detenidamente sus decisiones, transparece la dificultad, por no decir la imposibilidad, de extraer línea-orientadora alguna. Con la excepción de las empresas monopolísticas, que a tenor de la tradición antitrust estadounidense se constituían un supuesto evidente, los acuerdos tomados indican arbitrariedad. Si se consideran, en efecto, los casos de sociedades monopolísticas en que la Junta confirmó la reorganización decretada por la Comisión, advertimos que no se invocaron para nada los consabidos cuatro módulos. Por ejemplo en el expediente de Mitsubishi Heavy Industries, la Junta se refirió únicamente a la dimensión de la compañía (207), despreocu

---

(207) Apuntemos, en honor a la verdad, que la sociedad representaba el 23% de la construcción naval nipona, el 46% de las turbinas, el 68% de las calderas, el 50% de los frenos de aire y el 18% de las locomotoras, pero la propia Comisión había afirmado que el mero tamaño no era motivo suficiente para la desmembración.



- 440 -

pándose de si la entidad había restringido positivamente la competencia o coartado las posibilidades para terceros de acceder al sector como empresarios independientes. Tampoco se pronunció en el sentido de que la sociedad representaba una concentración de poder económico excesiva ni manifestó su asentimiento a la conclusión de la Comisión sobre este punto. Parecidas incongruencias cabe imputar al sector minero, en el que al día siguiente de haberse invalidado la reorganización de Nippon Mining, se aprobó, en cambio, según vimos, la de Seika Mining, que sólo suponía el 4,2% de la capacidad nacional de extracción de hulla, el 10% de la cuprífera, y el 16% al 21% de la capacidad nacional de fundición y refino de cobre. La Junta no dió explicación concreta. Probablemente lo que más pesó en su ánimo fué una consideración política, la pertenencia de Seika a una de las mayores zaibatsu, concretamente Sumitomo y no su concreto historial de comportamiento en el mercado.

Hubo, en cambio, casos archiprobados de compañías responsables de acuerdos restrictivos tan característicos como el reparto del territorio nacional en zonas de influencia, la fijación de cuotas de producción y de los precios de venta, y, sin embargo, la Junta no juzgó que reunieran "prima facie" las circunstancias de los cuatro módulos, por ejemplo, el de tres influyentes empresas siderúrgicas: Compañía Japonesa de Tubos de Acero (Nippon Kokan K.K.), Industrias Fusu del Metal, S.A. (Fuso Kinzoku Kokyo K.K.) y Acerías de Kobe (K.K. Kobe Seikosho).

Resumiendo, se podría hacer a la Junta Revisora el mismo reproche que a los Departamentos de Guerra, Estado y Marina, y a la propia Comandancia Suprema de Ocupación cuando formularon la política originaria: que una y otros mezclaron indebidamente consideraciones políticas y exigencias técnico-económicas, si bien en dirección diametralmente opuesta

Al principio, se intentaba desconcentrar, dismantelar, dividir toda empresa grande y potente, a quien, por el hecho de serlo, se presumía cómplice, coadyuvante o beneficiaria del belicismo imperialista, y en caso de duda prevalecía la presunción condenatoria, a partir de la primavera de 1.948, cuando los Estados Unidos empezaban a ver en su antiguo enemigo un aliado en potencia, se dió un giro de ciento ochenta grados :sólo había que dismantelar las empresas que probada, y palmariamente desempeñaron papel de monopolio, coartaron la competencia o ahogaron toda oportunidad de acceso de rivales, rigiendo en caso de duda la presunción de inocencia. Ahora bien, la innegable lenidad de la Junta fué una reacción política y psicológicamente comprensible contra el rigor excesivo de las designaciones iniciales en masa (cuyos errores han reconocido los propios apologistas de la política de ocupación).

En todo caso concluyamos que, a pesar de su virtual cercenamiento por la Junta Revisora, el plan de desconcentración materializó una labor útil y necesaria, al reducir notablemente el grado de colosalismo "conglomerado" en la industria básica, y especialmente al anular gran número de fusiones que el Gobierno había impuesto durante las hostilidades a multitud de empresas pequeñas o medianas, sobre todo en el ramo bancario, obligándolas, como medio de dirigismo económico, a dejarse absorber por alguna de las firmas dominantes de su respectivo sector (208).

#### ●) La Ley Antimonopolio.

Es la pieza fundamental, el hito estadizo y duradero de la reforma, si bien, como se adelantó, con el aparente contrasentido de que se promulgara meses antes que la Ley Desconcentradora, normativa especial y transitoria que llevaba marcado

(208) Así, la familia Shibusawa, que antes de la guerra controlaba el banco Daiichi, obligado en 1943 a ser absorbido por el banco Mitsui para formar el banco Teikoku, solicitó y obtuvo (octubre de 1948) al amparo de la Ley 207 la división del establecimiento resultante en sus dos primitivos componentes, con sus nombres originarios.

un límite de vigencia y que constituía una operación quirúrgica de urgencia, tras la cual vendría precisamente el tratamiento fijo, o sea, el ordenamiento antitrust. El motivo fué la impaciencia de la Comandancia Suprema que, persuadida de la conveniencia de una ocupación corta, ordenó al Gobierno de Tokyo, apenas transcurridos tres meses desde la capitulación, que empezase a preparar el borrador correspondiente. De ahí que la Dieta aprobara (14 de abril de 1947) y el Comandante Supremo confirmara, sobre la base del proyecto elaborado por la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, una "Ley relativa a la prohibición del monopolio privado y a los métodos de preservación del comercio lícito", cuyo texto consta de diez partes con 114 artículos, y cuyo ideario responde a las Leyes Clayton y de la Comisión Federal de Comercio, si bien en algunos aspectos es más ambicioso y sobre todo más severo, como se deduce de su artículo primero, que reza así:

"Esta Ley, al prohibir la monopolización privada, la restricción injustificada del tráfico y los métodos desleales de competencia; al impedir la concentración excesiva de poder sobre las empresas, y al excluir las restricciones indebidas de producción, ventas, precios, tecnología, etc., mediante agrupaciones y convenios, etc., y demás restricciones injustificadas de la actividad económica, apunta a promover la competencia libre y lícita, a estimular la iniciativa de los empresarios, a fomentar la actividad económica de las empresas, a elevar los niveles de empleo y de renta nacional, y, de este modo, a promover el desarrollo sano y democrático de la economía nacional, así como asegurar el interés del consumidor en general".

He aquí un sumario de los puntos capitales: en primer lugar, prescindiendo del Título I (Disposiciones generales), se

- 445 -

dedicaba el Capítulo II al "Monopolio privado y las restricciones injustificadas a la libertad del comercio " y en él se prohibían los cárteles, es decir, acuerdos entre empresarios en materia de precios, cupos de producción o ventas, restricciones al empleo de técnicas o a la ampliación de capacidad fabril (artíc.4), así como las organizaciones de monopolio o monopsonio, es decir, monopolio de demanda (artíc. 5), y los acuerdos de cártel o convenios restrictivos con firmas extranjeras (artíc. 6). En segundo lugar, el Título III confería a la Comisión de Comercio Lícito, establecida por la propia Ley como órgano ejecutivo, la misión de eliminar las "disparidades injustificadas en la capacidad de negociación", y preveía, lo cual constituía una novedad sugestiva, que cuando existiesen, la Comisión podría ordenar al empresario en cuestión " transferir una parte de sus instalaciones o tomar cualquier otra medida necesaria para eliminar esas desigualdades". El Título IV, epigrafiado "posesión de acciones, conexiones entre Consejos de Administración, fusión o amalgama, y traspaso de actividades", era el más sugestivo desde la perspectiva de nuestro estudio, pues suponía una compilación sistemática de los supuestos típicos de concentración. Analicémoslo, pues, con detalle: Se prohibía, ante todo, en términos categóricos la constitución de sociedades holding (artíc. 9º), a las que definía como compañías "cuyo negocio principal es controlar, mediante la posesión de acciones....., la actividad económica de otra compañía". Poco después, la Ordenanza Gubernamental (Orden nº 239, del 8 de noviembre de 1947) especificó la interpretación de que la participación accionaria sólo constituía "negocio principal" para la entidad poseedora si el volumen de aquélla excedía de una cuarta parte de sus activos totales. Otra prohibición regurosa, si bien algo menos tajante, era la relativa a la posibilidad de que una compañía no financiera

poseyera acciones con derecho a voto de una sociedad cualquiera. En principio, se prohibía la posesión de acciones así como el ejercicio del derecho de voto correspondiente, a menos que lo autorizara la Comisión de Comercio Lícito, que no resultara sustancialmente mermada la competencia en sector alguno, y siempre que la compañía "participada" se hallase en "estrecha y continua relación" tecnológico o comercial con la participante, amén de que no poseyera a su vez acciones de una tercera entidad; en otras palabras, sólo se admitía la filial de primer grado (artíc. 10º). A los bancos y demás instituciones financieras se les prohibía participar en el capital de firmas competidoras, y además, se vedaba a toda compañía de carácter financiero o con activos totales superiores a cinco millones de yens (excluyendo las acciones no desembolsadas) poseer más del cinco por ciento del capital accionario de entidad alguna (artíc. 11º). Estas disposiciones fueron juzgadas demasiado severas incluso por apologistas de la política de ocupación.

- También se sometió a estrechas restricciones la conexión directorial, es decir, la compatibilidad de cargos directivos en dos o más firmas (artíc. 13). En principio se disponía que ningún ejecutivo ni empleado administraría una sociedad rival, y que ninguna persona ocuparía cargo directivo en otra sociedad, si una cuarta parte, por lo menos, de los "directivos" de cualquiera de las dos compañías desempeñan al mismo tiempo cargos en una tercera compañía, o si eran cuatro o más los directivos comunes. Como el idioma japonés no distingue morfológicamente, al parecer, el singular del plural, no estaba clara la interpretación, concretamente las palabras "tercera compañía". Si se interpretaba la expresión en singular, la disposición carecía de significado práctico, ya que rarísima vez habría en una sociedad proporción tan elevada de administradores procedentes tan sólo de otra firma, y no de varias, y ni siquiera en la época -

de apogeo de las zaibatsu se daba el caso. Si, por el contrario, se adoptaba la interpretación de varias "terceras compañías", el precepto adquiría significación operante.

- También se sometió a interdicto, en vista de la tradición encarnada por las zaibatsu, toda propiedad directa, por personas naturales, de acciones en dos o más firmas que fuese susceptible de restringir sustancialmente la competencia (artíc. 14º). Por otra parte, si una persona deseaba comprar acciones en proporción superior al 10% del capital social, debía solicitar permiso de la Comisión de Lícito Comercio. Análogo régimen se introdujo para las obligaciones (artíc. 12º), a pesar de que son poco utilizadas en Japón, fuera de las compañías financieras. Se prohibió concretamente que tanto las sociedades financieras como las no financieras poseyeran obligaciones de firma alguna en proporción igual o superior al 25% o más del capital de la sociedad emisora, precepto que, algunos autores, tacharon de superfluo por lo que se refiere a las empresas no financieras, y, en cambio, excesivamente abierto en cuanto a los bancos y establecimientos de crédito.

Con referencia a las fusiones y adquisiciones de activos, quedaban prohibidas salvo autorización expresa, caso por caso, de la Comisión de Comercio Lícito (artíc. 15º), la cual podría reservar su venia si la operación no contribuía a la "racionalización de la producción, de la oferta o de la administración", o si temía que surgiesen "disparidades sustanciales en el poder de negociación", o la operación causaba "una restricción sustancial de competencia", o, por fin, si el acto se realizaba mediante la coacción sobre una de las empresas "por métodos ilícitos de comercio". En comparación al módulo legislativo norteamericano, interesa apuntar que el precepto era más severo al citar como motivo justo de prohibición la probabilidad de "disparidades sustanciales en la capacidad de-

negociación", y más benévolo, al admitir como circunstancia eximente la racionalización técnica.

Los demás títulos, desde el V hasta el X, no interesan especialmente a nuestro estudio. El V definía los "métodos ilícitos de competencia" y el VIII creaba la Comisión de Comercio Lícito (Fair Trade Commission, abreviadamente FTC) - como órgano expresamente encargado de aplicar la Ley, compuesto por un Presidente y cuatro comisarios nombrados por el Primer Ministro con el asentimiento de la Dieta, entre especialistas del derecho y de la economía no menores de 35 años de edad, y para un mandato de cinco años, si bien indefinidamente renovable.

Como veremos, la Ley Antimonopolio ha sido suavizada, en 1949 y 1953, mayormente en el título dedicado a las formas de concentración económica. Ahora bien, en los primeros tiempos de su vigencia se desarrolló un programa de expropiación de participaciones intersocietarias, merecedor de exposición detenida. Como se recordará, la Ley proscribía la constitución de sociedades holdings, aunque el artículo 105- especificaba que se proveería, por "Ordenanza aparte", a la venta de los valores de las holdings existentes. Por otro lado, mientras el artículo décimo prohibía a las firmas no financieras adquirir acciones en cualesquiera compañías, el 107 disponía que las acciones poseídas por una sociedad no financiera se regirían al entrar en vigor la Ley por normas dictadas por "ordenanza aparte". Más aún, el artículo 11 concretaba las condiciones en que las compañías financieras no podrían poseer títulos de otras firmas, pero una vez más el artículo- 108 remitía a la eventualidad de una "ordenanza separada" la venta o enajenación de las participaciones bancarias. Pues - bien, meses después, se dictaron las órdenes especiales: el-

Decreto del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 1947 sobre enajenación de los valores existentes de compañías holding, y el Decreto de 27 de febrero de 1948, para la venta de las participaciones en manos de sociedades ordinarias, financieras o no.

A continuación insertamos un cuadro indicativo (209) - de las operaciones de transferencia forzosa decretadas, que afectaron a unas cuatro mil firmas de las 104.000 sociedades anónimas recensadas, lo que parece indicar que la aplicación de la Ley fué marcadamente selectiva, tanto más cuanto que las participaciones intersocietarias eran, con mucho, la forma más difundida de propiedad de títulos en un país de economía muy concentrada y con mercado de capitales más bien estrecho. Previamente, señalemos que a pesar de las exclusiones de 225 sociedades de las listas de firmas desconcentrables, ya estudiadas, 175 de esas compañías quedaron sujetas a "vigilancia" y algunas obligadas, incluso, a vender sus participaciones, bajo la jurisdicción de la FTC.

Desarrollo del programa de venta forzosa de participaciones accionarias bajo la Ley Antimonopolio, a 15 de junio de 1949.

<u>Enajenación de participaciones</u>	<u>Agosto 1948</u>	<u>Agosto 1949</u>	<u>Acciones Poseídas (A)</u>	<u>Acciones Enajenadas (B)</u>	<u>Porcentaje de lo enajenado</u>
Nº de sociedades no financieras...	3.523	3.564	31.822.450	8.343.714	26%
Nº de sociedades financieras .....	78	83	10.620.395	8.849.907	83%
<u>Disolución de holdings</u> .....	298	294	14.946.718	3.653.849	24%
Compañías designadas en virtud de la Ley 207.....	80	97	12.494.141	3.495.294	28%
<u>Totales</u> .....	<u>3.979</u>	<u>4.038</u>	<u>69.883.704</u>	<u>24.342.764</u>	<u>35%</u>

(209) Tomado, resumidamente, de ELEANOR M. HADLEY, op.cit. pág. 190, que a su vez lo tomó de informes de la FTC sobre sus actividades desde el 23 de julio al 31 de agosto de 1948, y de 1º de abril de 1949 a 1º de marzo de 1950.



Es revelador el cotejo de los porcentajes de realización efectiva del programa en cada una de las categorías o sectores; así, mientras las sociedades financieras tuvieron que vender nada menos que el 83% de su cartera de valores, las no financieras sólo tuvieron que prescindir de la cuarta parte, y más o menos, lo mismo ocurrió en las holdings condenadas a disolución y en las compañías originariamente "desconcentrables" y luego eximidas de la desmembración. Determinados analistas que colaboraron en el plan de reformas (210) han atribuido a la intervención personal del Comandante Supremo el rigor antibancario, argumentando pertinentemente que, una vez disipadas las esperanzas de reorganizar el sistema bancario, en virtud de la liquidación vergonzante de los planes de desconcentración, había que lograr, por lo menos, la eliminación de la malla de participaciones de los bancos en todos los sectores de la economía. Aun así, la operación efectuada con cargo a la Ley Antimonopolio no fue tan rigurosa y automática como la desposesión de las zaibatsu impuesta por la Ordenanza Imperial 567, ya que la Ley Antimonopolio no concebía cortapisas ni restricciones acerca de las participaciones "en el mismo sector de capital", es decir, entre dos o más bancos. De ahí que, el Banco Mitsui siguiera participando en el Mitsui Trust Banking, Astilleros Mitsui, Químicas Mitsui, y que, análogamente, los demás bancos de grandes poblaciones no dejaran de poseer acciones de sus antiguos afiliados, aunque sólo hasta el cinco por ciento.

¿Cual fué el valor en yens de las operaciones descritas? La Comisión especificó que todas las acciones sometidas al programa eran de 50 yens es decir, las más usuales; sin em

---

(210) Concretamente, ELEANOR M. HADLEY, op.cit. págs.190  
in fine-191

bargo, es altamente improbable que no las hubiera también de 500 yens. De todos modos, si se acepta el módulo de la Comisión, y se prejuzga que todas ellas estuvieran completamente desembolsadas, se obtienen en números redondos 415 millones de yens en cuanto a las compañías no financieras, 440 millones para las financieras, 280 millones para las holdings, y 174 millones para las sociedades procedentes de la Ley Desconcentradora, o sea, un total aproximado de 1.309 millones. Si se recuerda la cifra de 32.000 millones de yens que tomamos como capital desembolsado de las sociedades japonesas en 1945, apreciamos que las desposiciones bajo la Ley Antimonopolio afectaron a más del diez por ciento del total, proporción que no requiere comentarios.

### 3.- Liquidación de la política de reformas.

Poco a poco germinaba en el Pentágono y en los medios conservadores de las finanzas y de la propia Administración norteamericana la idea de sustituir la "punish-and-reform policy" por un régimen de "amistad y cooperación", a medida que se enconaba la guerra fría en Occidente y se dibujaba en Oriente el triunfo de la revolución comunista china. El estallido de la guerra de Corea a mediados de 1.950 decidió a Washington a cerrar el capítulo de la ocupación y devolver al Gobierno de Tokyo la definición y ejercicio de la política nacional. El 8 de septiembre de 1951 se firmó en San Francisco el Tratado de Paz que ponía fin al régimen de ocupación, y en abril de 1952 quedó formalmente disuelta la Comandancia Suprema de las Potencias Aliadas. Escribamos las diferentes medidas que consistieron fundamentalmente en las dos citadas reformas (1949 y 1953) de la Ley Antimonopolio.

#### a) Las modificaciones legislativas de 1949-1950

La publicación por la Junta Revisora de la Desconcentración, el 11 de septiembre de 1948, de sus cuatro puntos o -

módulos, ya analizados, dió al gabinete de Tokyo, que sólo - formalmente acataba una Ley antitrust promulgada bajo presión, la oportunidad de plantear a las autoridades invasoras la conveniencia de edulcorar los principales preceptos. Apenas tres semanas después, el presidente de la Comisión de Comercio Lícito informó a la Junta de que el Gobierno se proponía enmendar las disposiciones relativas a "posesión de títulos societarios, contratos internacionales de cártel, multiplicidad de cargos - directivos, posesión de acciones por los individuos, fusiones y traspasos de negocio". Decía el comunicante textualmente:

"....., considero adecuado el momento para que la Ley Antimonopolio sea reconsiderada y vuelta a estudiar a la luz - de los principios básicos de la legislación internacional tal-  
como se les reconoce internacionalmente. Así como se admite que no hay necesidad de que la Ley Antimonopolio japonesa sea una traducción de la legislación antitrust americana o canadiense y que todas las mejoras razonables conseguidas por la experiencia deberían, para ser prácticas y efectivas desde el punto de vista antitrust, quedar incorporadas (a la ley), sería ir un poco demasiado lejos pretender que todas las disposiciones están redactadas con el único objeto de permitir la aplicación más rigurosa posible de la ley."

En las líneas siguientes anunciaba el presidente de la Comisión la intención gubernamental de presentar a la Dieta un proyecto de modificación, algunos de cuyos aspectos habían sido ya presentados a la Suprema Comandancia, a tenor de los cuatro principios de la Junta.

Poco después, se votó en efecto la enmienda de 1949 - (Ley nº 214, de 18 de junio) que consagró las modificaciones siguientes:

- En primer lugar, se suprimía el pasaje del artículo 6º donde, en materia de acuerdos de cártel, se incluían, como figuras

nes en el intercambio de conocimiento o información científica o tecnológica necesaria para actividades de negocios". La supresión obedecía al deseo de eliminar obstáculos legales y psicológicos a la entrada de capital extranjero, en virtud de contratos de patente, o de acuerdos de venta en exclusiva, entre una firma japonesa y otra extranjera. Asimismo se reemplazaba el sistema originario de previa autorización de la Comisión, a propósito de acuerdos internacionales, por la simple necesidad de notificación ex post a la Comisión. En otros pasajes de la Ley, se suprimían todas las cláusulas de discriminación contra firmas extranjeras para situarlas en pie de igualdad a las niponas.

- En segundo lugar, la prohibición originaria (artíc. 10<sup>o</sup>) de que una sociedad comprara capital con derecho a voto de otra entidad, se suavizó en el sentido de que sólo regiría "en el caso de que esa adquisición o posesión pueda resultar de una relajación sustancial de la competencia entre esas dos firmas", redacción en la que resonaba el texto primitivo del artículo 7<sup>o</sup> de la Ley Clayton. El nuevo precepto significaba que una firma podía poseer teóricamente hasta el cien por cien del capital de otras si la situación no infringía la competencia entre participante y participadas.

- En tercer término, se eliminaron dos restricciones del artículo 13, acerca de comunidad de directivos: la relativa al caso de que una cuarta parte o más de los directivos de una de las dos compañías ocupasen al mismo tiempo puestos directivos en una tercera sociedad (párrafo 2) y la referente a la prohibición absoluta de que el directivo de una entidad cualquiera ocupara "un cargo de administrador en cuatro o más compañías" (último inciso del artículo). Sólo subsistía, pues, y era obligado por tratarse de una cuestión de principio, la prohibición general para el caso (párrafo primero) de que "entrambas com-

- En cuarta posición, y ésta era la reforma capital desde nuestra perspectiva, se sustituía en el régimen de fusiones (artículo 15) el principio del veto absoluto por el de la prohibición condicional. En adelante, las fusiones estarían permitidas e incluso cuando no se impusieran mediante métodos de competencia desleal o no abocaran a disparidades en el poder de negociación. Se instauraba, por añadidura, el sistema de notificación previa de todo proyecto fusionista a la Comisión, con treinta días de preaviso, por lo menos. Si, transcurrido el plazo, la Comisión, no consideraba la operación contraria a los requisitos de la Ley, la fusión podría, sin más, llevarse a efecto.

Estas fueron, en suma, las principales enmiendas, de cuya motivación político-económica da testimonio irrecusable el informe anual de la Comisión (211) al decir que gracias a la modificación del artículo sexto iba a incrementar las oportunidades de atracción de capitales extranjeros y que la de los artículos décimo y décimoquinto había "suavizado prohibiciones automáticas", "innecesariamente severas".

Diversas disposiciones reglamentarias no menos significativas e inmediatamente operantes completaron el cambio de rumbo. Así, en noviembre de 1949 se dictó una orden por la que se relajaba notablemente el rigor de las limitaciones establecidas en 1947 sobre participaciones accionarias de sociedades de índole financiera en compañías que anteriormente hubiesen estado vinculadas crediticiamente a ellas, (disposiciones evidentemente apuntadas contra los Bancos de las zaibats). La ordenanza enmendante estableció dos excepciones a la regla primera, toda institución financiera podría en lo sucesivo

---

(211) Citado por KOZO YAMAMURA, op.cit., pág. 31.

"aceptar y revender" capital de cualquier otra firma, a condición de que el importe no excediera del 19% del total, y segunda, las sociedades financieras quedaban facultadas para adquirir títulos accionarios a efectos de aval o garantía de créditos bancarios(212). Además, se atenuó la prohibición originaria a las firmas financieras, así como a las entidades "designadas", de adquirir títulos de empresas manufactureras, autorizando la compra con cinco reservas: primera, que las compañías emisoras no pertenecieran al grupo de las grandes entidades comerciales ("General Merchants"), designadas como tales por el programa anti-zaibatsu; segunda, que la compañía emisora no hubiese estado vinculada a la empresa adquirente; tercera, que la sociedad ya emitente tuviese intereses comunes con la compradora a título de patentes o procedimientos de innovación técnica; cuarta, que, previamente a la operación, la compañía emisora hubiese hecho sin éxito esfuerzos razonables para vender sus acciones, y por último, que en cada caso otorgase su autorización la Comisión Liquidadora de Holdings. Por último, fueron elevados los topes originarios del 1% y del 10% para la venta de títulos accionarios de compañías "designadas" y de empresas financieras respectivamente (salvo permiso expreso del Ministerio de Hacienda) a los límites, mucho más amplios, del 10% para firmas "designadas" y del 25% para entidades financieras.

b) La gran reforma de 1953.

El 28 de abril de 1952 entró en vigor el Tratado de San Francisco, acontecimiento aprovechado sin tardanza por el gobierno de Tokyo. Derogó éste las ordenanzas que proscribían el empleo de las denominaciones tradicionales usadas por las zaibatsu, disposición que hizo posible a las tres sociedades -

---

(212) Cfr. KOZO YAMAMURA, op.cit. págs. 39-40

resultantes de la disolución de Industrias Pesqueras Mitsubishi adoptar de nuevo los tres rombos distintivos del grupo. El ejemplo fue pronto imitado, y en 1970 resulta que los prestigiosos patronímicos Mitsui, Sumitomo, Yasuda, Nissan, amén de Mitsubishi, rodean la aristocracia industrial y financiera del Japón. Paso no menos significativo implicó la enmienda de la Ley de Asociaciones de Empresas (Trade Associations Act) de 29 de julio de 1948, dictada como aditamento a la Ley Antimonopolio (Ley 191/1948), para delimitar con espíritu marcadamente restrictivo los objetivos lícitos y permisibles para las agrupaciones de empresarios, tales como intercambio de datos estadísticos, conocimientos y medios de investigación, desarrollo de modelos de calidad. La modificación consistió, fundamentalmente, en eliminar la inmensa mayoría de las 18 figuras asociativas catalogadas como ilegales en el artículo quinto y también en excluir de modo expreso a las cooperativas, dejando abierto el portillo para que las antiguas agrupaciones o asociaciones empresariales continuaran funcionando disfrazadas de cooperativas.

Ahora bien, la clave consistió, una vez más, en la enmienda de la Ley Antimonopolio, que dió al texto de 1949 su fisonomía definitiva, o por lo menos, la configuración que conserva al cabo de diecisiete años, sin perspectivas inmediatas de modificación. Siendo ya inminente la firma del Tratado de paz, el Gobierno instituyó una comisión especial para investigar la posibilidad y conveniencia de reformar el texto y sugerir las recomendaciones susceptibles de mejorar sus disposiciones. En julio de 1951 la Comisión dictaminó, que, sin detrimento del principio fundamental de la Ley, el texto era asaz radical y debería ser suavizado "con objeto de acelerar la recuperación económica del país". Consiguientemente el Gabinete encargó al Ministerio de Comercio Internacional-

cumplió antes de finalizar el año 1951. Muchos meses estuvo - sometido el borrador a información pública, polarizándose sobre él los núcleos rectores y discursivos de la opinión nacional. Las grandes empresas se pronunciaron categóricamente a favor, así como el partido liberal-demócrata, que ejercía el poder; por el contrario, las empresas medianas y pequeñas, los diputados socialistas y la plana mayor de los sindicatos se oponían a enmienda alguna, arguyendo que toda modificación beneficiaría a las firmas grandes en perjuicio de las modestas. También las asociaciones de agricultores y las ligas de consumidores clamaron contra el proyecto, aduciendo que si se autorizaban los cárteles o convenios empresariales, aumentarían los precios de venta de numerosos artículos. En esta polémica el aspecto más debatido, no fué, pues, el de estructura sino más bién el de comportamiento de las entidades industriales; - en otras palabras, la discusión se centró menos en la formación de grupos colosales que en las conductas colusorias.

Nuevamente victorioso el partido liberal-demócrata - en las elecciones de abril de 1953, era ya inevitable la reforma; la única duda radicaba en la elección del momento propicio. Empezó la Dieta a debatir el proyecto en el mismo abril y tras cuatro meses de enconadas polémicas entre liberal-demócratas y socialistas, incluso entre las facciones de la liberal democracia, se votó la Ley núm. 259, de 1º de septiembre, por la que se enmendaba sustancialmente el texto anti-monopolio de 1947 y al mismo tiempo se derogaba la Ley de Asociaciones de Empresas, sin reparo de incorporar algunas de sus disposiciones. Las líneas principales de una reforma calificada de "cambio cualitativo" de la política antimonopolio, incluso de "gran repliegue de la democracia económica", pueden resumirse, siguiendo a KOZO YAMAMURA (op.cit., págs. 56-57), en los -



1) Admisión de los cárteles de "recesión" y de "racionalización", entendiéndose por aquéllos los acuerdos interempresariales adoptados para afrontar mediante una política de precios comunes de venta o de limitación de ventas, una coyuntura de atonía en la demanda, y por acuerdos de "racionalización" los concertados para atender solidariamente a la necesidad de transformar la estructura técnica de un sector determinado. Tanto para unos como para los otros, la Ley prevé un procedimiento de notificación previa a la Comisión de Lícito Comercio, la cual, previa consulta al Ministerio competente ratih materiae, aprobará o desestimará la solicitud de los empresarios concertados.

2) Relajamiento de las disposiciones sobre participaciones accionarias.— En virtud de las enmiendas a los artículos décimo al décimosexto, se ha consolidado la licitud, establecida ya en la reforma de 1949, de las conexiones directas, fusiones y participaciones recíprocas, salvo cuando contraríen el artículo noveno, que sigue prohibiendo de modo absoluto la figura de la compañía holding, o el segundo, que establece ciertos límites a la posesión de acciones por sociedades financieras, y siempre que el resultado de estas operaciones no recorte sustancialmente la competencia. Más adelante analizaré con detalle estas disposiciones.

3) Redefinición de la competencia desleal.— Se formuló de modo notablemente restrictivo la noción de "competencia desleal" del artículo 2º, y sobre todo se eliminó el apartado séptimo y último, que contenía una cláusula de extensión general.

4) Legalidad de la imposición de precios de reventa (resale price maintenance).— En virtud del artículo 24, párrafo 2, se permite a todo empresario que produzca o venda una

venta al público a condición de que no se trate de artículos -  
"utilizados diariamente por el consumidor en general".

5) Modificación del concepto de restricción injustificada del comercio.-La noción originaria, que cifraba la "undue restraint of trade" en todo convenio o pacto entre empresarios- que de modo genérico supusiera restricción de sus actividades- o planificación de las mismas causante de "restricciones sustanciales de la competencia" contrarias al interés público (artículo 2º), ha sido sustituida por una definición específica (artículo 2º, párrafo 6), en que se enumeran, si bien de modo muy lato, las posibles modalidades de la infracción.

6) Desaparición del monopolio y de las disparidades sustanciales de capacidad negociadora como figuras ilícitas.-Se han suprimido lisa y llanamente los artículos 5º y 8º, por los que, respectivamente, se prohibía que un empresario estableciese una organización de signo monopolístico para la distribución y venta de productos o entrase a formar parte de ella, y que se creasen "disparidades sustanciales injustificadas en el poder de negociación" entre empresas (undue substantial disparities in bargaining power).

7) Derogación de la Ley de Asociaciones de Empresas.- Como se ha dicho, quedó abolida, aunque se salvaron tres cláusulas, que definían otras tantas figuras de actividades ilegales, quedando insertadas en los párrafos primero y segundo del artículo octavo de la Ley Anti-Monopolio (213).

Ahora bien, lo que más importa a nuestro estudio es -  
la

c) Exposición de la normativa vigente en punto a concentración empresarial.- Sistematizando con detalle el resultado (213) Concretamente, la "restricción sustancial de competencia en un sector concreto del tráfico" (párrafo 1) y la "participación en un acuerdo internacional del modo especificado - en el párrafo I del artículo 6º"

más precisamente en los artículos 10º y 16º, que son los que se ocupan de los actos y operaciones concentradoras stricto-sensu, cabe distinguir los siguientes principios básicos:

1.- Intangibilidad de la prohibición absoluta de la compañía holding (artículo 9º), incluyendo expresamente las extranjeras. La Ley es categórica y meridiana: se veda el establecimiento de toda sociedad de este tipo, y se prohíbe que compañía alguna llegue a ser holding o a operar como tal en el Japón(214). Como se recordará, la holding era la forma normal de encarnación jurídica de las zaibatsu; de ahí que, como observaba en 1958 un grupo de estudio sobre prácticas restrictivas del Centro Japonés de Productividad (215), "No se ha formulado crítica abierta contra la ilegalidad de la compañía holding.... Los males de la holding han quedado tan profundamente impresos en la conciencia popular que, a pesar de significativas contribuciones de algunas de ellas al adelanto de conjunto de la economía japonesa, ninguna voz se ha alzado en favor de su resurrección". Más elocuentes, y recientes por añadidura, son los testimonios de la señora MICHIKO ARIGA, alta funcionaria de la Comisión, y de LUVERN V. RIEKE (216) : " Es interesante observar que en todo el clamor por la enmienda de las leyes antimonopolio no se ha pedido, o apenas se ha solicitado, la supresión del precepto" (el artíc. 9º). Bien es verdad que en los últimos tiempos alguien ha sugerido que se autorice la constitución de holdings, so pretexto de poner a la industria nacional en pie (214). Se mantiene virtualmente la misma definición que en el texto originario: "Compañía cuyo negocio principal es controlar las actividades de negocio de otra compañía o compañías en el Japón por medio de la posesión de acciones (incluyendo acciones de participación en sociedades de responsabilidad limitada)".

(215) Citado por ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 200.

(216) The Antimonopoly Law of Japan and its enforcement, trabajo publicado en Washington Law Review, agosto de 1964, volumen 39, pág. 462.

de igualdad con diversos colosos internacionales, pero no parece que la propuesta tenga visos de próxima aceptación.

2.- Relativa lenidad en cuanto al régimen de participaciones accionarias. En este punto, M. ARIGA y LUVERN RIEKE escriben sin rodeos: "La persona o compañías a quien hace quince años se le prohibía poseer una sola acción de un competidor puede ahora comprar con impunidad a menos que la adquisición sea susceptible de resultar en una restricción sustancial de la competencia o que la adquisición implique una práctica comercial - desleal". Efectivamente, así se deduce del artículo 10º, párrafo 1: "Ninguna sociedad adquirirá ni poseerá capital de una compañía o de compañías en Japón, en el supuesto de que el efecto de esa adquisición o tenencia de capital pueda ser el de restringir sustancialmente la competencia en un sector determinado del tráfico, o de que esa adquisición o posesión de capital se efectúe por medio de prácticas de negocios desleales".

Ahora bien, la ley sigue distinguiendo entre compañías "cuyo negocio sea distinto del financiero", las cuales se regulan en el propio artículo décimo, y compañías "cuyo negocio sea financiero", o sea bancos, sociedades de inversión y empresas aseguradoras, a las que el legislador dedica el artículo 11. Las sociedades no financieras de nacionalidad japonesa cuyos activos totales sumen más de cien millones de yens - así como toda sociedad extranjera, sea cual fuere el volumen de sus activos, deberán someter, en caso de poseer acciones de otra compañía nipona, un informe sobre el particular a la Comisión de Lícito Comercio al final de cada ejercicio económico. Obsérvese que ni siquiera hace falta autorización previa de la Comisión; basta con notificarle a posteriori, si bien periódicamente, el hecho de la compra o posesión de los títulos. Por su parte, las sociedades "dedicadas a negocios financieros"

cadadas en el Japón cuando eso suponga que pasan a tener más diez por ciento del capital de las mismas, si bien se establecen las siguientes excepciones: primera, que en un caso específico la Comisión otorgue su autorización previa; segunda, que la adquisición o tenencia se efectúe por una compañía de inversión o de cartera (securities company) en el desarrollo normal de su negocio; tercera, que la adquisición o tenencia se haga como aceptación de un depósito de valores (security trust) cuyo beneficiario sea el propio depositante y además, siga ejerciendo los derechos de voto correspondientes. La Ley ha dispuesto, a mayor abundamiento, que en los dos últimos casos sea necesario, para conservar durante más de un año la posesión de participaciones en exceso del límite del diez por ciento, obtener de la Comisión una aprobación previa que se concederá disponiendo al propio tiempo que la compañía solidamente revenda los títulos en cuanto le sea posible. Por fin cuando la Comisión se proponga otorgar su autorización deberá consultar antes al Ministerio de Hacienda.

Las disposiciones expuestas se completan con el artículo 14, que contiene un precepto equivalente para las "personas naturales" y las "personas jurídicas que no sean compañías" (es decir, grupos sin personalidad, cuentas en participación, cooperativas exentas de la legislación de sociedades mercantiles, etc.). Ni unas ni otras podrán adquirir ni poseer acciones de otra compañía radicada en el Japón en la hipótesis de que el efecto de esa adquisición o tenencia restringa sustancialmente el tráfico en un sector determinado de que la adquisición o posesión discurra por prácticas comerciales desleales. Por otra parte, unas y otras, en caso de que posean acciones de dos o más compañías que compitan mutuamente en el Japón, por encima del diez por ciento de s

respectivo capital, deberán presentar informe sobre el particular a la Comisión dentro de los treinta días siguientes. Como fácilmente se nota, el régimen es más benévolo aún que para las grandes sociedades industriales, obligadas a notificar todas sus participaciones accionarias a la Comisión, cualquiera que sea su volumen proporcional, y sea o no competidora la sociedad en cuyo capital participen (si bien sólo tienen que hacerlo al final del ejercicio económico).

3.- Prohibición de conexiones directoriales entre empresas competidoras. El artículo 13 actual estatuye que "ningún directivo (officer) o empleado de una compañía, ocupará al mismo tiempo empleo o cargo alguno de directivo en otra compañía en el Japón, en la hipótesis de que el efecto sobre esa conexión directorial reduzca sustancialmente la competencia en un sector determinado del comercio". Añade que "ninguna compañía podrá coaccionar, mediante prácticas comerciales desleales, a otra compañía o compañías en el Japón para que un directivo de ella desempeñe puesto de directivo o empleado en otra compañía o compañías o para que un empleado suyo ocupe a la vez cargo directorial en otra sociedad o sociedades". Así mismo, dispone el precepto (innovación al texto primitivo) que todo directivo o empleado de una compañía deberá, en caso de que al mismo tiempo pase a desempeñar cargo directivo en otra compañía competidora de la primera y siempre que los activos globales de cualquiera de ellas excedan de cien millones de yens, notificarlo a la Comisión en el plazo de treinta días. Vuélvese a no exigir autorización gubernativa previa, sino notificación a posteriori.

4.- Notificación previa de las fusiones y adquisiciones y prohibición de las que restrinjan la competencia..- Es seguramente el punto donde la reforma de 1953 más se ha alejado del texto originario, en materia de concentración. Como se recor-

de la Comisión para todo acto fusionista o absorbente, condicionando rigurosamente la aprobación. El precepto actual, que aún así resulta, en opinión de autores japoneses y americanos, más severo que el artículo séptimo de la Ley Clayton, incluso tras la enmienda Celler-Kefauver (217), al menos sobre el papel, se limita a vedar la fusión en dos casos: cuando la operación cause "una restricción sustancial de la competencia en un sector determinado del comercio", o cuando se haya recurrido a prácticas comerciales ilícitas "en el transcurso de la fusión". Para garantizar el cumplimiento de esta doble negativa, el legislador ha instaurado una notificación previa con efectos suspensivos de un mes, es decir, toda compañía que se proponga efectuar una fusión lo pondrá en conocimiento de la Comisión, la cual acusará recibo, y durante los treinta días siguientes, el proyecto estará en suspenso. Podrá la Comisión, si lo juzga oportuno, acortar el plazo o, por el contrario, alargarlo, con el asentimiento de la sociedad interesada, por un periodo adicional no superior a sesenta días. Es prácticamente imposible la violación del compás de espera por las compañías, ya que el Registro de Sociedades, dependiente del Ministerio de Justicia, no acepta inscripción alguna que no adicione certificado de la Comisión de que se han observado los plazos de referencia.

Si en el referido periodo de treinta días no ha formulado la Comisión objeción alguna al proyecto, queda la vía expedita a la fusión. La Ley no ha concedido, pues, un margen muy amplio a la Comisión: Dentro de ese lapso de un mes, ella puede oponerse si considera que existe infracción del artículo 15, bien "recomendando" (artículo 48) a los interesados (217) Cfr. entre otros, MICHIKO ARIGA y LUVERN RIEKE, op.cit. pág. 464 in fine.

que desistan de la fusión, o que la realicen con sujeción a determinadas condiciones y garantías, bien abriendo un procedimiento público y contradictorio, si estima que lo exige el interés público. En el primer supuesto, deberán las empresas notificar sin demora su actitud acerca de la "recomendación"; si acatan, podrá la Comisión (artíc. 48, párrafo 3) dictar una decisión definitiva en el mismo sentido, "sin necesidad de procedimiento oficial"; en caso de no conformidad a lo recomendado, se deduce implícitamente, a sensu contrario, la necesidad de abrir procedimiento público y contradictorio. Las actuaciones empezarán por la certificación (artíc. 50) del acuerdo de instrucción a los interesados requeridos a comparecer en fecha posterior en más de treinta días, a la del certificado, salvo que aquéllos consientan en la dispensa del requisito. En todo caso, los encausados deberán contestar sin demora al acuerdo de instrucción. Durante las actuaciones, la Comisión tendrá derecho a efectuar (artículos 46 y 51), y los encartados en todo caso a proponer, las pruebas documentales, periciales y testificales que juzguen convenientes. Las vistas serán abiertas, a menos que el interés público o "los secretos profesionales de un empresario" (artículo 53) impongan la celebración a puerta cerrada. El procedimiento puede terminar de modo anticipado si las empresas protagonistas someten a la Comisión una declaración escrita por la que expresan su conformidad con los resultados sobre los hechos y su avenencia a la decisión de aquélla, sin recurrir a procedimientos ulteriores, y si adjuntan, al mismo tiempo, un programa de medidas concretas para cortar la presunta infracción. En tal punto, la Comisión puede, sin más, dictar una resolución que contenga esas medidas, pero, de no mediar el trámite expuesto, continúa el procedimiento con la audiencia de las compañías, y por fin, la Comisión resolverá, ora prohibiendo la fusión, si aprecia que-



contrario, el acto concentrador. La decisión surtirá efectos a partir de la entrega de copia certificada a las empresas, que en el supuesto de resolución negativa tendrán derecho a recurrir ante la jurisdicción ordinaria, conforme al patrón norteamericano.

La Ley ha previsto el supuesto (artíc. 18), técnicamente posible aunque de hecho inviable por las razones que apuntamos, de que dos o más sociedades se hayan fusionado infringiendo las formalidades del artículo 15, otorgando a la Comisión la facultad de entablar procedimiento público, con arreglo a las formalidades resumidas, para "declarar nula y sin efectos la citada fusión", providencia igualmente aplicable a la fusión de una sociedad holding, a pesar de la prohibición del artículo noveno.

El artículo 16 declara utilizables, mutatis mutandis, las normas del que le antecede para las demás operaciones concentradoras, de las que enumera cinco supuestos: absorción de la totalidad o de una parte sustancial del negocio de otra sociedad en el Japón; absorción de la totalidad o parte sustancial de los "activos fijos del negocio" en Japón de otra sociedad; arrendar la totalidad o parte sustancial del negocio en Japón de otra compañía; asumir en virtud de una gestión de negocios la administración de la totalidad o parte sustancial del negocio de otra compañía en el Japón, y concertar contratos de cuotas en participación con otra compañía por concepto de negocio en el país del Mikado. La lista es, como se ve, prácticamente completa, pues sólo excluye a las absorciones totales o parciales hechas por compra de acciones de la absorbida, figura que ha recibido trato aparte, como hemos expuesto, en los artículos 10 y 11. En consecuencia, están sometidas al sistema de notificación previa de efecto suspensivo, y con el riesgo de que se de

niegue el permiso, las operaciones de adquisición material de empresas o de asunción contractual de su negocio.

El artículo 17, párrafo 2, prevé que cuando la Comisión conceptúe probada la infracción de diversos artículos, entre ellos el 16, "podrá requerir al empresario interesado un informe, o que venda la totalidad o parte de su capital, que transfiera una parte de su negocio, o que tome cualquier otra determinación para eliminar los actos de infracción de esos artículos".

Se aprecia que es más severo el régimen jurídico de las adquisiciones de activo y asunciones de negocio que el de las participaciones accionarias de compañías no financieras, las cuales quedan sometidas únicamente al deber de notificación a posteriori. La discriminación no es, a nuestro entender, arbitraria ni caprichosa, sino del todo lógica, habida cuenta de la naturaleza económica de cada categoría de operación: una compra de activos fabriles o asunción del negocio de otra empresa supone de hecho una concentración plena de la producción o de la distribución en una sola mano, bajo dirección única, en el seno de la empresa absorbente; en cambio, una participación accionaria mantiene la dualidad física de explotaciones y a veces no es impedimento para que la entidad participada conserve un grado notable de autonomía respecto a la participante. De ahí que el legislador nipón exija para el primer supuesto la notificación a priori, y se contente con la comunicación a posteriori en el segundo.

#### 4.- Aplicación de la Ley Antimonopolio por la Comisión de Lícito Comercio.

La primera observación que cabría hacer, a la vista del elevadísimo número de fusiones y adquisiciones de activo registradas por los informes anuales de la Comisión y por los estudios, periódicos o no, de otros departamentos gubernamen-

tales, especialmente el Consejo de Investigación Económica, que no ha debido de ser muy ardiente ni eficaz la política antitrust en punto a concentración empresarial, tanto más cuanto que, según confesaba la señora ARIGA en 1964: "Lo asombroso es que, excepto en el caso Toho...., la Comisión no ha entablado procedimiento" (218) y que, según el testimonio de excepción del mismo autor, desde el año 1953, la Comisión de Comercio sólo había examinado "con atención particular" algo más de sesenta fusiones "en consideración a sus circunstancias especiales". La impresión se confirma por los informes anuales de la delegación japonesa al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE en los años 1965 a 1971, de cuya lectura se deduce que sólo dos proyectos de fusión han sido seriamente impugnados por la Comisión. En los párrafos venideros hacemos un resumen de la hasta ahora parva jurisprudencia elaborada.

El primer procedimiento de resonancia incoado por la Comisión ha sido, según pasaje transcrito, el asunto Toho Co. Ltd. (219), la Comisión juzgó que la adquisición en arriendo por esta entidad de la explotación de dos salas de cine implicaba que Toho se alzaba con el 57,9% de las localidades de todo el sector topográfico considerado como zona de competencia efectiva, o sea, "mercado de referencia", Confirmando la decisión prohibitiva de la Comisión, el Tribunal Superior de Tokyo ha estimado que poco importaba el carácter justificado o injustificado de la restricción de competencia, y que no había necesidad de probar expresamente que las medidas tomadas por Toho abocarían a la subida del precio de los asientos, ya que esas determinaciones no constituían sino uno de los numerosos factores

(218) MICHIKO ARIGA y LUVERN RIEKE, op.cit., pág. 465

(219) Cfr. Guide de l'OCDE sur les Pratiques Commerciales Restrictives, Tomo Japón, Sección 3, núm. 1, caso primero.

El nombre oficial es Toho Co.Ltd. versus Fair Trade Commission

res que permitían aquilatar si la competencia surgiría o no reducción significativa. Para el Tribunal, lo decisivo era la posibilidad de una situación, en que la rivalidad entre las empresas quedase reducida hasta el punto de que determinados empresarios o asociaciones profesionales pudiesen asegurarse el control del mercado, fijando virtualmente a su arbitrio los precios, la calidad o cualquier otra característica del artículo. Lo más sugestivo a nuestro entender es que el fallo acogiera la noción de restricción de la competencia potencial, de la tensión posible, entre las partes, como motivo válido de prohibición. Otro aspecto interesante es que el Tribunal juzgara, de acuerdo con la Comisión, que el barrio de Ginza en Tokyo constituía por sí solo un "sector determinado del comercio" a efectos de exhibición de películas, por la razón de que funcionaban numerosas salas de proyección en la zona dedicadas a programas para una categoría concreta de personas, es decir, para espectadores locales de ese barrio.

En 1.957, la Comisión ordenó a la potente sociedad Nippon Gaki, principal fabricante nacional de instrumentos de música, con el 54% del mercado de pianos, el 64% del de órganos y el 28% del de armónicas, que se deshiciere de las acciones de una sociedad competidora compradas a nombre de una tercera firma. El paquete adquirido era del orden del 25% del capital y la sociedad "participada" era la segunda fabricante del país, con porcentajes respectivos del 16%, 13% y 7%. En consecuencia, juzgó la Comisión que la operación tendía a debilitar la tensión competitiva en el mercado de instrumentos musicales (220).

Operación de gran envergadura que dió origen a una concienzuda investigación por parte de los Comisarios fue la fusión,

---

(220) Ver Guía de la OCDE, Japón, Sección 3.0., caso nº 6, para más detalles.

por su actividad, de Harima Shipbuilding Co. en 1960, la mayor concentración hasta entonces de la industria de astilleros, punta de lanza, junto a la siderurgia, del "milagro económico japonés" de la post guerra. Según M. ARIGA y L. RIEKE (op.cit., pág. 465), el negocio "se toleró porque la mayor firma, Mitsubishi Shipbuilding and Engineering Co., tenía el 16,04% del mercado contra el 10,12% del conjunto de la organización fusionada, es decir, la Comisión entendió que, por existir entonces una empresa aún mayor, amén de numerosos astilleros repartidos por diversas regiones, no cabía temer disminución notable del grado de competencia".

Ahora bien, uno de los casos más espectaculares de la concentración industrial en la década 1960-1970, y también autorizada, si bien con reservas, por la Comisión, ha sido la fusión de las tres empresas de industria pesada resultantes, como se dijo, de la disolución de Mitsubishi Heavy Industries en el marco de la Ley de Eliminación de la Concentración Excesiva del Poder Económico (vide supra, nº 2, apart. d). En diciembre de 1953, East, West y Central notificaron debidamente a la Comisión su propósito de fusionar, y durante el invierno correspondiente la Comisión celebró una serie de audiencias públicas sobre el tema, requiriendo la opinión de empresas competidoras, compañías industriales operantes en sectores conexos y empresas clientes. Como, en conjunto, el resultado de esta información pública fue favorable a los interesados, ya que nadie formuló objeciones mayores, la Comisión adoptó, al fijar su criterio, una metodología típica de los economistas occidentales, centrándose en los índices sectoriales de concentración para responder a la interrogante de si la fusión iba a reducir sustancialmente la competencia en los mercados donde actuaban los tres interesados. En un comunicado de prensa subsiguiente

que, a la vista de las producciones obtenidas por las firmas de referencia en los últimos años, la entidad fusionada alcanzaría los siguientes porcentajes de mercado (221): en astilleros el 28%; en reparación de barcos, el 27%; en fabricación de motores diesel de barco y de turbinas para barcos, también el 27%; en fabricación de turbinas para generadores de electricidad, el 24% ; en calderas para producción de electricidad, el 46%; en turbinas y calderas para uso industrial del 36% al 42%; en maquinaria para la fabricación de papel, el 63%; en producción de camiones, el 25% y en fabricación de autobuses, el 26%. Con estos antecedentes, habría sido presumible, que la Comisión opusiera serios reparos. Más no fué así, quizá porque las empresas teóricamente afectadas no se manifestaron contra el proyecto. En relación con la construcción naval, la Comisión apuntó que se trataba de un sector sometido a fuerte competencia internacional, donde Mitsubishi no podría excluir a sus rivales, y en cuanto a la producción de maquinaria para papel, indicó que el mercado estaba muy deprimido y menesteroso, por lo tanto, de un esfuerzo, aún de que la empresa resultante no se bastaría para dominar el sector. Se aprobó, en conclusión, el acto integrador, con la única salvedad de que las compañías deberían vender una de sus dos patentes de producción de maquinaria para pulpa.

Digna es también de referencia la fusión de Nippon Kanaami Co. y de Kyoto Kana-ami Kogyo Co., que juntas poseían el 80% del mercado nacional de las telas metálicas utilizadas para fabricar papel. La Comisión la aprobó (222), basándose en que no acarrearía ninguna restricción sustancial de la compe -

---

(221) ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 351

(222) Cfr. Guide de l'OCDE, Japón, Sección 3.0. caso nº 6.

trolada por la primera y no cabía considerarla como competidora independiente y asimismo porque entrabas sociedades, cuya dimensión era más bien pequeña, tenían como clientes a empresas papeleras de envergadura mucho mayor.

Recientemente se han planteado dos grandes proyectos fusionistas: el de las tres principales sociedades papeleras, Oji Paper Ltd., Jujo Paper Mfg. Co. Ltd. y Honsyu Paper Mfg. Co., abandonado por las interesadas antes de que la Comisión pudiera pronunciarse, y el de las dos primeras empresas siderúrgicas, Yawata Iron & Steel Co. y Fuji Iron & Steel Co. Ltd., que ha sido indiscutiblemente el caso más importante y controvertido de los despachados por la Comisión. En los párrafos siguientes lo exponemos con detalle.

En marzo de 1969 Yawata y Fuji concertaron la disolución de la segunda y su absorción por la primera, cuyo nombre pasaría a ser Shin-Nihon Iron & Steel Co. Ltd. Enseguida cursaron aviso legal a la Comisión, la cual abrió juicio público, a la vista de la envergadura de los protagonistas y de la fuerte proporción que dominaban en varios sectores de la siderurgia nacional. Después de investigar minuciosamente la estructura del mercado, recomendó el 7 de mayo a las sociedades que anularan el proyecto, basándose en que la fusión "podría tener por consecuencia restringir sustancialmente la competencia en cuatro ramas determinadas del comercio", a saber: carriles ferroviarios, hojalata para conservas, lingotes de hierro para fundición y tablestacas, lo cual implicaba violación del artículo 15, párrafo 1, de la Ley anti-monopolio. Yawata y Fuji no se allanaron, entablado el mismo mes procedimiento formal, que ha concluido con la resolución de 30 de octubre de 1969, por la que la Comisión autoriza la fusión si bien imponiendo a las peticionarias veinticuatro cláusulas

sentido de reducir la participación proporcional de la empresa resultante de esos mercados. Creemos sugestivo resumir algunas, no sin antes exponer, por elementales exigencias de lógica, la situación que Yawata y Fuji ocupaban antes de integrarse.

En 1968, eran las dos primeras empresas nacionales, con notoria diferencia sobre sus competidoras. Si bien eran - y siguen siendo numerosas las firmas que operan en el sector del hierro y del acero, sólo existían seis siderúrgicas "integrales", es decir, que abarcaran todo el ciclo productivo, desde la colada de lingote hasta los laminados en fríos: las citadas Yawata y Fuji y Nippon Steel Steel Tube Co.Ltd. (en lo sucesivo, Nippon Kokan), Sumitomo Metal Industries Co.Ltd., Kawasaki Steel Co. Ltd. y Kobe Steel Works Co., Ltd. Los porcentajes de la producción nacional de lingote de hierro y de acero crudo eran respectivamente: Yawata, 22,1% y 18,5%; Fuji - 22,4% y 16,9%; Nippon Kokan, 16% y 12,4% ; Sumitomo, 13,3% y - 11,8% ; Kawasaki, 12,4% y 11,3% y Kobe, 7,1% y 5,5%. Ahora bien, la preeminencia de Yawata y Fuji se imponía netamente en vías de ferrocarril, hojalata para conservas, lingote para fundición y tablestacas. En el capítulo de los carriles, artículo de calidad y dimensiones estrictamente reglamentadas por los Ferrocarriles Nacionales Japoneses, que consumían los tres cuartos de la oferta, cabía incluso hablar de exclusividad, ya que - Yawata y Fuji eran los únicos fabricantes. En punto a hojalata, sólo había cinco productores, concretamente Yawata, con el 39,6% Fuji, con el 21,6%; Tokyo Steel Products Co., Ltd. (en lo sucesivo, Toyo Kohan), con el 29,2%; la citada Nippon Kokan, con un 8,5% y, por fin, Kawasaki, con sólo el 1,1%, es decir, que Yawata y Fuji ocupaban respectivamente el primer y el tercer lugar, y juntas suponían algo más del sesenta por ciento de las ventas



mas nacionales. A mayor abundamiento, Toyo Kohan, que no era una siderurgia integral, tenía que comprar la mayor parte de su materia prima, concretamente los laminados en caliente, a las propias Yawata y Fuji, la primera de las cuales, por cierto, poseía el 20% de las acciones de Toyo desde 1952 y había incluso colado en su seno a uno de sus directivos. En lingote para fundición los oferentes eran diez: Fuji, con el 38,6% de las ventas nacionales; Yawata, con el 17,7%; Kobe, con el 17%; luego a bastante distancia, Sanei Tekko (7,1%), Nakayama Steel Works Ltd. (7%), Yahagi Iron and Steel Co., Ltd. (6,6%), y por último, con el 6 o algo menos cada uno, Asahi Iron & Steel Co., Ltd., Tokyo Denryoku Co., Ltd., Iwate Mokutan Seitetsu Co., Ltd. y Nippon Kokan, como resultado evidente de que la unitariedad de los dos primeros daría lugar a la concentración en una sola firma ligeramente superior a la mitad de la producción nacional. El número de consumidores era en verdad elevado, y, por lo que se refiere a los clientes medianos y pequeños, Fuji y Yawata poseían casi la mitad de las ventas totales, a lo cual no dejaba de contribuir el hecho de que, en un mercado muy exigente en materia de calidad, solo salían precisamente dos tipos fabricados por Fuji y otro por Yawata. Por último, en lo referente a las tablestacas, utilizadas en el revestimiento, cierre y aislamiento de obras de ingeniería civil, especialmente canalización de ríos y paredes de muelles y diques, los fabricantes eran cinco: Yawata, con el 55,8%; Fuji, con el 42,5%; Daitetsu Kogyo Co., Ltd., (1,1%) Nippon Kokan (0,5%) y Kawasaki (0,1%). Como se ve, entre las dos primeras suponían casi el 98% de la producción interior y tampoco en este campo existía corriente de importaciones.

La Comisión ha dictado, considerando la situación concreta del sector siderúrgico, una serie de condiciones que, a nuestro juicio, merecen elogio por el realismo y la ponderación.

que las caracterizan pero que, sin embargo, no han conseguido preservar a los promulgantes de acerbos críticas en la prensa ni evitar que se entablara una polémica entre los diversos partidos políticos y organizaciones económicas e industriales. Las condiciones eran, entre otras:

Primera.- Fuji se ha comprometido a transferir en arriendo provisional a Nippon Kokan su maquinaria de fabricación de vías para ferrocarril instalada en la factoría de Kanishi, antes de que se consuma materialmente su absorción por Yawata. El arriendo será provisional, mientras Nippon Kokan construya la planta proyectada en Fukuyama.

Segunda.- La compañía resultante de la fusión se ha obligado asimismo a suministrar a Nippon Kokan, en la hipótesis de que ésta se lo pida, toda la materia prima, concretamente semiterminados del tipo bloom (tochos en la terminología española), indispensable para fabricar carriles.

Tercera.- La compañía resultante deberá además facilitar a Nippon Kokan la "tecnología" necesaria para la fabricación de carriles (es decir, lo que la terminología anglosajona llama "know-how").

Cuarta.- Yawata se ha comprometido a transferir 20.160.000 acciones que posee de Toyo Steel Sheet Co. a Nippon Kokan y a Toyo Can (principal fundadora de Toyo Steel e importante accionista de la misma).

Quinta.- Tanto Yawata como Fuji (mejor habría sido decir la empresa resultante de la absorción) se han obligado a no interferir en modo alguno las relaciones comerciales entre Toyo Steel y sus proveedores de laminados en caliente.

Sexta.- Yawata transferirá, además, a Kobe Steel Works su alto horno nº 6 en Higashida, a título provisional, mientras Kobe, segunda productora nacional, como se recordará, de lingote para fundición, termine y ponga en explotación su nuevo alto horno - Kakogawa nº 2. Yawata pondrá a disposición de Kobe los conoci -

ferencia en los programas fabriles de Kobe. Además, en el caso de que Kobe se dirija a la propia Yawata para surtirse en materias primas (mineral de hierro, hierro sinterizado, pellets, liza, coque y otros materiales auxiliares), Yawata se las deberá facilitar a precios razonables y sin reservarse materiales de modo preferente para su propio consumo, a menos que, no haciéndolo, experimentara graves perjuicios.

Séptimo.— Entrambas compañías se han obligado, para cuando Kobe deje de fabricar en el horno nº 6 de Yawata en Higashida, a no presionar a los clientes de lingote de Higashida nº 6, para que en lo sucesivo no operen con Kobe.

Octava.— Yawata se ha comprometido a poner cuanto antes a disposición de Nippon Kokan la técnica relativa a la fabricación de perfiles en forma de U y de tablestacas rectas, y, por su parte, Fuji se ha obligado frente a Kawasaki a facilitarle la tecnología relativa a la fabricación de perfiles en U, de perfiles rectos y de tablestacas en Z. Asimismo se avienen Fuji y Yawata conjuntamente a no exigir a cambio condición restrictiva alguna a Nippon Kokan ni a Kawasaki en punto a calidad, volumen de producción, precios de venta, zona de mercado o cualquier otro aspecto relacionado con las tablestacas.

Hasta aquí, la selección de los casos más importantes de la fragmentaria jurisprudencia nipona. Señalemos que, en materia de transferencia de explotación, pende el desenlace de dos casos ante la Comisión, en el sector de venta al por mayor de legumbres y frutas así como el de venta mayorista de mariscos.

¿Qué criterios deducir, si cupiera extraer alguno, de la interpretación de los Comisarios al concepto de "restricción injustificada del tráfico"? Desgraciadamente, es sobremano

arduo el empeño, porque no se publican, omisión por lo demás -  
lógica, las deliberaciones de la Comisión, sino sólo las deci-  
siones finales, y porque aún no existe, no se ha formado lo que  
cabría llamar "fondo de casos" suficiente. De todos modos, cier-  
tos autores (223) han tratado de formular generalizaciones aproxi-  
madas, partiendo de datos anecdóticos o incidentales. Se cita,-  
por ejemplo, la declaración del ex-presidente de la Comisión Yo  
kota, quien dijo en 1953 ante la Dieta que toda fusión que con-  
fiera a la firma resultante un porcentaje superior al 30% del -  
mercado nacional se encuentra en el punto crítico de la "restric-  
ción sustancial". Hay mucho de cierto en la proposición, ya que-  
ninguna fusión en que la empresa resultante implicara un porcen-  
taje inferior al treinta por ciento del mercado ha tropezado con  
obstáculos por parte de la Comisión. Ahora bien, esto no signi-  
fica que, a sensu contrario, toda integración que reúna en una-  
sola mano más del 30% de la capacidad nacional de oferta incu-  
rra necesariamente en la oposición de los Conisarios. Es cierto,  
como hemos apuntado, que la Comisión asigna importancia prepon-  
derante a los coeficientes porcentuales de concentración secto-  
rial, pero no lo es menos que en la última década la jurisdicción  
ha razonado, siquiera incidentalmente, según criterios que ya he-  
mos visto desarrollados por la magistratura norteamericana: la -  
existencia o no de importaciones susceptibles de rivalizar con -  
la producción nacional, la mayor o menor dificultad de acceso al  
mercado para nuevas firmas, el grado mayor o menor de regulación  
gubernativa de los precios y calidades, capacidad de las diver-  
sas firmas del sector para responder a las fluctuaciones de la -  
demanda y a los imperativos de la evolución tecnológica, etc. -  
Precisamente por considerar que Nippon Kokan y Kobe pueden con-  
trarrestar la influencia del nuevo coloso Yawata-Fuji, en cuanto  
(223) Cfr. MICHIKO ARIGA y LUVERN RIEKE, op.cit., pág. 466.

dispongan de los conocimientos técnicos indispensables, es por lo que la Comisión ha autorizado finalmente una fusión que implicaba no ya cubrir el límite del 30%, sino rebasar el porcentaje del 50%, o sea, la mitad de la oferta nacional.

Resumiendo, cabe dictaminar, de acuerdo con un reciente estudio de derecho comparado (224), que si bien el Japón, utiliza más o menos el mismo criterio básico que los Estados Unidos (la fusión puede determinar una "restricción sustancial del tráfico en un sector determinado del comercio", o se ha ligado con prácticas ilícitas), lo ha interpretado y ejercido diferentemente. En Realidad no ha elaborado aún interpretación definida, por falta de aplicación sostenida y sistemática. Hoy por hoy, es elemental comprobar que, a los veintitrés años de vigencia de la Ley Antimonopolio, o, si se prefiere, a los diecisiete de aplicación del texto revisado, no se ha definido un módulo preciso sobre porcentajes críticos de participación en el mercado e índices de concentración, como ya han hecho el Departamento de Justicia, y, en menor medida, la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Señalemos al sesgo que los casos resumidos en el presente apartado y otros referidos por la delegación nipona en los informes de la OCDE apuntan exclusivamente a concentraciones de signo horizontal, nunca a las analógicas de sentido vertical o de carácter "mixto". Por otra parte, el Japón tampoco ha adoptado el método americano de intervención preventiva en los sectores donde empieza a manifestarse una tendencia intensa a la concentración. La Comisión ha objetado únicamente los casos de fusiones que se daban en mercados ya fuertemente encuadrados en una estructura oligopolística, o en que las empresas protagonistas gozaban de posición preponderante.

---

(224) La puissance économique et la Loi, Paris, 1970, pág. 89, trabajo redactado por un Grupo de Estudio del Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE acerca de la regulación legislativa en los países miembros del concepto de "poderío económico".

Por último, queda por examinar la jurisprudencia sobre conexiones personales, entiéndase comunidades de consejeros y directivos. Los resultados han sido paupérrimos, por no decir nulos. Vuelve a ser el fenómeno de las interconexiones directoriales hoy día uno de los rasgos característicos de la gran industria, y es frecuente que esos vínculos se anuden entre empresas total o parcialmente competidoras, como hemos visto a propósito de Yawata y Toyo Kohan, tendencia tanto más explicable cuanto que, según informes de la propia delegación nipona al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE (225), la Comisión únicamente ha impugnado tres casos de interconexión -- todos ellos de menor cuantía y antes de 1951, es decir, bajo la ocupación.

#### 5.- Balance provisional.

La exposición correspondiente al epígrafe anterior parece abocar a un diagnóstico rotundo y meridiano: nulidad de la jurisdicción antitrust en la ofensiva contra la concentración económica. Si los casos incoados han sido pocos y esporádicos -- si se ha permitido la fusión de empresas que suponían bastante más de la mitad del mercado nacional en sus ramos respectivos, -- procede reconocer, a primera vista, la ineficacia absoluta de la Comisión de Comercio Lícito. Juicio, sin embargo, simplista, y, -- como tal temerario. Para aquilatar el grado de fertilidad o, si se quiere, de ineficacia, de la jurisprudencia anti-monopolio, -- hay que partir de diversas consideraciones, fundamentalmente dos: la política concentradora lanzada por el Gobierno mismo en algunos sectores "de punta", como veremos, y el grado de concentración que hoy alcanza la economía japonesa, aspecto en el cual -- hay que incluir inexcusablemente algunas observaciones sobre el-

(225) Documento entregado al Grupo de Trabajo nº 9, sobre fusiones, en mayo de 1970, con el título "materials relating to merger", pág. 4, último inciso.

hubiese existido Ley alguna contra el Monopolio ni hubiera actuado la Comisión de Lícito Comercio. Sólo después de estas premisas se puede aventurar un dictamen más o menos objetivo.

a) La Política concentradora del Gobierno.

Los gabinetes que se han sucedido desde el final de la ocupación en 1952, han elevado a la categoría de designio prioritario el robustecimiento industrial y financiero de las industrias básicas, especialmente las orientadas a la exportación, para situarlas en condiciones de igualdad frente a los gigantes norteamericanos, británicos y alemanes, campaña declarada y oficial de concentración cuyo culmen fue quizá la Ley de 5 de junio de 1963, sobre Adaptación y Reconstrucción de la Industria Naviera, con arreglo a la cual únicamente las compañías con flete no inferior al medio millón de toneladas de peso muerto podían optar a la moratoria por cinco años correspondiente al pago de intereses al Banco de Desarrollo del Japón por los créditos recibidos de él y a la obtención de subvenciones del Gobierno. Los navieros eran, en principio, bastante reacios a una medida que indirectamente obligaba a las compañías pequeñas y medianas a perder su identidad societaria, dejándose absorber por las mayores, pero la presión de la atmósfera ministerial y la delicada situación financiero de la mayoría de las empresas, indujeron finalmente a las doce compañías clave a fundirse en seis, mientras que muchas de menor envergadura, exactamente 85, tuvieron que agruparse en torno a las seis principales a título de "keiretsu", es decir, de "firmas especialmente vinculadas" (226). Por lo demás, todas las grandes fusiones de la década 1960-1970 han sido francamente apoyadas, cuando no discretamente impuestas, por el Gobierno, a través del Ministerio de Comercio Internacional e Industria.

---

(226) Cfr. ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 348.

b) La concentración en la postguerra.

La última observación del apartado precedente no debe inducir a la creencia de que el Estado ha sido agente y factor-dominante en la evolución de la estructura empresarial; fue, sí, un resuelto coadyuvante, un decidido impulsor de la mutación, pero en definitiva las fuerzas impulsoras y resolutivas han sido de orden intrínsecamente económico y funcional: por una parte, la necesidad de saneamiento financiero que acuciaba a toda la industria básica después de las pérdidas de la guerra y del traumatismo de las operaciones de disolución; por otra, innovaciones tecnológicas, que en la mayoría de los casos postulaban enormes acumulaciones de capital a las que no podrían atender las empresas tradicionales, sin perjuicio de añadir otros factores análogos a los que operan en el Occidente industrializado, como las crisis periódicas que, al determinar un exceso de la capacidad instalada sobre la demanda efectiva, gravitan onerosamente sobre las cargas financieras, y mueven a las firmas a fusionarse para contrarrestar la baja de precios. Así sucedió concretamente tras la recesión de 1957-58, tanto más cuanto que la fenomenal carrera de inversiones acometida en el quinquenio 1950-1955 por las entidades dominantes había creado un grave desequilibrio en el mercado. Lo mismo aconteció, aunque en menor escala, a raíz de la depresión de 1965.

A continuación analizamos el número de operaciones concentradoras registradas en el período de referencia, especialmente en las décadas 1950-1960 y 1960-1970; el problema de la llamada "resurrección de las zaibatsu" (zaibatsu revival) y el grado-total de concentración del sistema en la actualidad, datos imprescindibles para valorar correctamente la eficacia de la política antitrust.



a) Operaciones integradoras: número y significado.— Se impone como primera observación, que a semejanza de las demás naciones industriales, la economía japonesa ha conocido una vertiginosa oleada de fusiones y transferencias de negocios, cuyo ritmo en los dos últimos años tiende a estabilizarse a un nivel bastante alto. Veamos las cifras oficiales (227):

<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>	<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>
1950	420	1961	591
1951	385	1962	715
1952	385	1963	997
1953	325	1964	864
1954	325	1965	894
1955	381	1966	871
1956	381	1967	995
1957	381	1968	1020
1958	381	1969	1022 (aprox.)
1959	413	1970	1096
1960	440	Oct. 1970-Sept. 1971	1129

La media de la década 1960-70 supera con mucho al promedio del promedio registrado en el decenio anterior. También se observa que de 1967 acá el crecimiento es mucho más moderado aunque no quepan conjeturas a largo plazo. Es curioso apreciar la coincidencia de esta evolución con la de los Estados Unidos, donde también se advierte en los últimos meses una neta amibación de la avalancha concentradora.

Ahora bien, importa más todavía saber qué tipos de empresas se integran, si las pequeñas, las medianas o las grandes. El asunto en el que se advierte notable estabilidad, si bien en los últimos tramos del periodo considerado apuntan novedades cuyo alcance y desarrollo sería difícil predecir. De modo general la gran mayoría de las fusiones funcionó entre empresas pequeñas, fenómeno que desde el punto de vista de la política de competencia habría incluso que aplaudir, porque contribuye a romper

(227) Datos del Consejo de Investigación Económica, reproducción (sólo hasta 1965) por ELANOR M. HADLEY, *op.cit.*, pág. 1 y por el Apéndice 1 de la aportación japonesa al grupo de trabajo sobre fusiones constituido en el seno del Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE. La última cifra de 1129 está tomada del informe anual a la propia OCDE, correspondiente a oct. 1970-septiembre 1971.

predominio oligopolístico de las firmas líderes. Esta fue, sobre todo, la tendencia hasta el año 1961, pues, según MICHIKO ARIGA y LUVERN RIEKE (228), de los 5.640 casos recensados desde 1947, sólo en 80 excedía de mil millones de yens el capital de la empresa resultante (1 \$ USA = 360 yens). Sin embargo, el desglose por volumen de capital demuestra que precisamente a partir de 1961 se registran aumentativamente, si bien en proporción minoritaria, integraciones "en la cumbre" (229), hecho que en la década de los cincuenta era excepcional. De 1950 a 1960 sólo hubo, en el grupo comprendido entre los 5.000 y los 10.000 millones de yens (o sea, de 13,888 a 27,777 millones de dólares), 2 fusiones, una en 1954 y otra en 1956, y una sólo, en 1960, en el grupo de empresas de más de 10.000 millones de capital; en cambio, en 1961, hubo, respectivamente, 3 y 2 operaciones; en 1962, se registraron 3 y 3; en 1963, 5 y 12; 4 y 9 en 1954; nuevamente 3 y 3 en 1965; en 1966, se registraron 2 y 5; al año siguiente, 4 y 7, y por fin, 2 y 7 en 1968; cifras que no dejan, repetidos, de traducir cierta evolución. Aún así, también se advierte aquí la estabilización que observábamos en el movimiento global, por lo que se refiere a los tres últimos años.

He aquí la evolución de las adquisiciones totales de activos (230):

<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>	<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>
1950 .....	209	1960 .....	144
1951 .....	182	1961 .....	162
1952 .....	124	1962 .....	193
1953 .....	126	1963 .....	223
1954 .....	167	1964 .....	195
1955 .....	143	1965 .....	202
1956 .....	209	1966 .....	215
1957 .....	140	1967 .....	274
1958 .....	103	1968 .....	302
1959 .....	139	1969 .....	374

(228) Op.cit., pág. 465, nota 109

(229) Cifras tomadas del Consejo de Investigación Económica.

(230) Cfr. ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 354, Tabla 14-8, tomada del estudio del Consejo de Investigación Económica publicado en 1967. Sin embargo, los cifras correspondientes a 1966, 1967, 1968 y 1969 no proceden de esta fuente, sino de los informes anuales del Japón al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE.

Cabe distinguir una diferencia importante con el primer cuadro: lejos de estabilizarse, la tendencia sube en fuerza en los últimos años. Otra diferencia es que, en cambio, permanece estacionaria la cifra de las adquisiciones de mayor cuantía, las cuales en ningún año han pasado de 3, salvo en 1965, que registró 6 operaciones de convergadura, entre las cuales 2 afectaban a empresas de más de 5.000 millones de yens y las otras 4 a firmas con capital de más de 10.000 millones.

También han aumentado notablemente las operaciones de transferencia de negocios, al menos en el decenio 1959-1969 como indica el siguiente cuadro(231):

<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>	<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>
1959 .....	139	1964 .....	195
1960 .....	144	1965 .....	202
1961 .....	162	1966 .....	264
1962 .....	193	1967 .....	299
1963 .....	223	1968 .....	354
		1969 .....	(no co
		1970 .....	404

También en este tipo de transacciones se ha comprobado en las categorías superiores de empresas una tendencia al aumento, pero en términos bastante moderados, y aún en 1969 hubo neta disminución (sólo 4 operaciones) frente a 1966(10 traspasos) y 1967 (8 traspasos).

Examinado suficientemente el acopio estadístico, cabe deducir la conclusión de que la economía japonesa ha conocido y sigue experimentando un marcado proceso de concentración empresarial, si bien su ritmo parece descender algo en los últimos años, especialmente por lo que toca a las empresas con capital de más de 5.000 millones de yens, donde las operaciones fusionistas y transferentes, siempre reducidas, parecen estabilizarse.

(231) Sacado del Apéndice nº 1 a que se refiere la nota 53, -  
aportado por el Japón al grupo de estudio de la OCDE -  
sobre fusiones.

b<sup>4</sup>) Los nuevos grupos rectores de la economía nipona.- Los años de 1952 a 1960 han calendado la reconstitución, o, más propiamente, la constitución sobre bases nuevas y bajo formas distintas, de una minoría de complejos y agrupaciones entre las empresas dominantes, cada uno con su séquito de entidades afiliadas, filiales, etc. La palabra general con que se las designa es keiretsu ( de kei, que significa "facción, grupo, partida", y retsu, que significa "dispuesto en orden", "ordenado"), que vale tanto como ayuntamiento conglomerado o heterogéneo de firmas "principales" unidas por lazos diversos de participación accionaria, conexión directorial, relación crediticia, organización de la distribución y promoción de ventas, aunque ciertos economistas tienden a restringir el empleo del término, reservándolo de hecho a las organizaciones creadas por las antiguas zaibatsu, y designan simplemente como "grupos" a los complejos nacidos en la postguerra. Sea lo que fuere léxicamente, en lo que hay acuerdo unánime es en el fenómeno de renacimiento de la estructura reticular a partir de la recuperación por el Japón de su plena soberanía, y así en 1965 un estudio de la Comisión de Lícito Comercio llegó a discernir, en torno a las cien mayores firmas no financieras cotizadas en la Bolsa de Tokio (por orden de la cifra de capital desembolsado) un total de 4.270 firmas "dependientes", es decir filiales, definiendo como tales a las que tuviesen 30% o más de su capital en poder de otra, o sólo del 10% al 29% si además la participación tenía directores en la participada o le suministraba una gran proporción de los créditos que necesitara (232).

Ahora bien, la cuestión más topica y discutida en la literatura económica del Japón de la postguerra ha sido la presunta "resurrección" de las zaibatsu. Reconociendo sin discusión (232) Citado por ELEANOR M. HADLEY, op.cit., pág. 291

naban los complejos Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda, Dai se han reagrupado a través de participaciones accionarias recíprocas, interconexiones directoriales, el crédito y la compra entre ellas, así como asiduos contactos personales entre sus respectivos directores, incluso con los mismos nombres familiares, reina, en cambio, la discordia sobre el significado y alcance de esta revertebración de órganos desmenbrados, y las opiniones se polarizan en dos posturas: una dogmática y extremista que, catapultada por los economistas de filiación marxista, mayoritarios, al parecer, en el pensamiento económico nipón, sostiene que las zaibatsu han renacido con influencia y pujanza tradicionales (233) y otra que, mantenida por analistas sin radical adscripción ideológica, tanto japoneses como norteamericanos (234) niega a los colosos de 1970 los rasgos de las zaibatsu y señala las diferencias en el funcionamiento y el régimen de propiedad del capital.

Parece que el método más correcto de análisis debe consistir en investigar si los grupos actuales se caracterizan por los rasgos diferenciales que antaño distinguían a las zaibatsu a lo cual procede atinadamente el profesor KAMAMURA, enumerando las tres características fundamentales: primera, control centralizado en las manos de una familia tradicional y poderosa, que se aseguraba la lealtad y obediencia de sus colaboradores, mediante contratos de estilo más feudal que mercantil; segunda, estructura montada en una holding rectora y en una red de participaciones accionarias recíprocas mayoritarias o, al menos, - (233) Principales valedores de esta posición: el profesor KAZUO SI NAGASU, Introduction to the Japanese Economy (Tokyo 1959), pág. 118; SOICHIRO GIGA, Monopolistic Enterprises of Contemporary Japan (Tokyo, 1962); SHIGETO TSURU Essays on Japanese Economy (Tokyo, 1958), y SHIGERU AIHARA, The Monopolistic Capital of Japan (Tokyo 1959). Citados por KOZO YAMAMURA, op.cit., pág. 110, nota 3. (234) Cfr. KOZO YAMAMURA, op.cit., págs. 110-128; y hasta cierto punto. EUGENE ROTWEIN, de la Universidad de Wisconsin, Economic Concentration and Monopoly in Japan, en Journal of Political Economy, junio de 1964, ELEANOR M. HADLEY, op.cit. capit. 11, págs. 205-256.

muy importantes, y de abundantes conexiones directoriales; -  
tercera, control financiero y ~~crediticio~~ absoluto por el ban-  
co del grupo sobre las empresas industriales y comerciales -  
del mismo. Pues bien, el análisis de los grupos Mitsui, Mit-  
subishi, Sumitomo, Yasuda, etc., de 1965 a 1960 no aboca a -  
esas analogías típicas, o las detecta tan débilmente que ya-  
no cabe identificarlos con las todopoderosas empresas de pre-  
guerra. Efectivamente, ha desaparecido todo rastro del con-  
trol financiero de las familias antiguas, por la sencilla ra-  
zón de que esas familias no han recuperado las sociedades -  
que poseían. Así, en 1960 los mayores bancos estaban en manos  
de una multitud de firmas y de particulares, pero no de fami-  
lias. Ejemplo ilustrativo, en 1960 ningún accionista de los -  
19 primeros del Banco Mitsui llegaba al 3% del capital, sólo -  
tres tenían más del 2%, y algo parecido cabe decir de los Ban-  
cos Mitsubishi, Yasuda, Sumitomo, Daichi, etc., Ya no se da,-  
pues, la nota esencial del control familiar, con lo que basta-  
ría, en principio, para sentenciar la cuestión. Adviértase, no  
obstante, que apenas atisban los demás rasgos. Por lo que se-  
refiere a la organización en forma holding, ya no puede eviden-  
temente existir como consecuencia de la prohibición incondi-  
cional de esta figura societaria, y si es cierto que los pre-  
sidentes de las principales sociedades de cada grupo tienen -  
constituído un "club", en virtud del cual se reúnen con perio-  
dicidad (235) para informarse mutuamente y cambiar impresiones,  
no lo es menos que funcionan con plena independencia unos de -  
otros, y que el papel de aquellas pláticas, que ni siquiera han  
cristalizado en organismo de secretariado ni en la más elemen-  
tal estructura burocrática, es puramente consultivo. Es, en -  
cambio, realidad la vinculación recíproca de las compañías me-  
diante lazos accionarios, pero nuevamente aquí hay notable di-  
(235) Cfr. ELEANOR M. HADLEY, op.cit., págs. 206-207.

ferencia respecto a la situación pre-bélica; primero, según demuestran las concienzudas estadísticas anuales del Consejo de Investigación Económica, desde 1960, en materia de participaciones accionarias cruzadas (236), el porcentaje medio del capital de las sociedades de cada grupo poseído por entidades miembros es muy inferior al de antes de la guerra, y se sitúa normalmente en torno al 20%, excepcionalmente en el 30%, mientras que hasta 1945 solía exceder con mucho del 50%; segundo, esas acciones son propiedad de muchos miembros a la vez, y no están concentradas en una holding o en un banco. Para las interconexiones directoriales valen en definitiva las mismas observaciones abundan, pero no tanto, ni mucho menos, como hasta el final de la guerra (237), y sobre todo son menos intensos, porque, si el directivo colocado antes de la guerra por la matriz (honsha), mejor dicho por la holding rectora, en otra entidad del grupo gozaba de autoridad prácticamente virreinal, los distintos consejos de las firmas actuales son parejos en rango y atribuciones sin lazos jurídicos ni morales de subordinación, y por otra parte, la experiencia cotidiana de los negocios demuestra hasta la saciedad que reina competencia reñida y constante entre compañías con directivos o administradores comunes.

Por último, no se ejerce hoy en el seno de los grupos el mismo control financiero y comercial que en la zaibatsu, aunque opere evidentemente cierta preferencia entre las empresas del mismo complejo a efectos de concesión de crédito, así como de suministros y pedidos. Por lo que se refiere a los créditos (236) Concretamente, en 1966 calculó el Consejo en el 20% la media para el grupo Mitsubishi, en el 15% la media para Mitsui y en 33%-34% la de Sunitono, mientras que ELEANOR M. HADLEY ha calculado los porcentajes para 1945 en 47%-50% para Mitsubishi, 88% para Mitsui y 61-73% para Sunitono (op.cit., págs. 212-219).

(237) Según datos tomados por la doctora HADLEY de la publicación japonesa en lengua inglesa Oriental Economist y relativo al año 1959, en aquella época 11 de las 22 compañías clave de Mitsubishi tenían algún director común, sólo 3 entre las 26 de Mitsui, y Sunitono (que siempre ha sido menor en envergadura) era el grupo más interconectado, con 8 conexiones para 4 sociedades (op.cit., págs. 250-252).

bancarios, los datos desmienten categóricamente el alegato de quienes denuncian el supuesto control del banco de cada grupo sobre las empresas afiliadas, pues está probado que éstas, por lo menos las de envergadura industrial, se dirigen a multitud de establecimientos en solicitud de crédito, y que casi nunca el banco del grupo suministra por sí solo la mayoría de los fondos demandados (238), aunque sí sucede en numerosos casos que ese banco, la compañía de seguros del propio grupo y el resto de las empresas miembros logren satisfacer conjuntamente más del cincuenta por ciento de las necesidades de fondos de las prestatarias. Recordemos que hasta 1945 era insignificante, prácticamente nula, la proporción de crédito, al menos de crédito privado, que una entidad industrial obtenía de fuentes ajenas a su grupo familiar. Algo análogo cabe afirmar de las relaciones estrictamente comerciales: las empresas prefieren, en principio, vender a firmas de su grupo o a su distribuidora propia (trading company), y a la vez comprar a ellas o por medio de la distribuidora, pero de hecho son libres de elegir el cliente, o, en su caso, el proveedor, así como el canal o intermediario comercial, recurso inconcebible en la era de las zaibatsu. EUGENE ROTWEIN (op.cit., pág. 267), declara probada la proposición de que "las firmas afiliadas a las tres mayores zaibatsu.... tienden a hacer sus compras de otras firmas vinculadas al grupo, aunque al mismo tiempo.... cada zaibatsu es en gran parte dependiente de firmas ajenas a su propio grupo", y dictamina que "las zaibatsu están lejos de ser imperios económicos auto-suficientes". Por su parte, la doctora HADLEY, apunta (op.cit., pág. 255): "Hay otro punto digno de nota al comparar a los Tres Grandes grupos de negocios de hoy con antaño, y es la frecuencia con que las transacciones cruzan las fronteras" (238) Cfr. ELEANOR M. HADLEY, op.cit., págs. 219-235



del grupo, es decir, sus relaciones externas". En suma, no parece darse tampoco la tercera y última nota que, según vimos, caracterizaba a las antiguas empresas rectoras en régimen familiar, evolución que hay que atribuir en dosis notable a la Ley Antimonopolio, cuyo artículo 5º prohíbe, como se recordará, los contratos de exclusiva (239). La independencia de los grupos debe, pues, tanto a imperativos jurídicos como a exigencias económicas.

A mayor abundamiento, los analistas coinciden en que las organizaciones herederas de las zaibatsu ya no controlan, con mucho, los porcentajes de las ventas totales que dominaban y si es cierto que algunos sectores básicos siguen teniendo como firmas punteras a conocidas empresas de esos grupos, distan de ser la totalidad, y además los porcentajes de producción de cada entidad respecto a las ventas nacionales no son casi nunca mayoritarios, y rara vez llegan al tercio. Estas reflexiones dan ya con el problema general de la concentración en la economía japonesa, por encima y al margen del papel concreto de los grupos examinados, cuestión que tratamos en el próximo sub-capítulo.

c') La concentración de la economía en la postguerra.— También aquí hay acuerdo entre los investigadores no vinculados al apriorismo dogmático del análisis marxista. La opinión mayoritaria es que la tendencia concentradora descendió muy suavemente a lo largo de la década 1950-59, para invertirse en este último año, seguramente como reflejo de la recesión de 1957-58, y experimentar un apreciable aumento, aunque no vertiginoso ni siquiera anormal, en comparación al resto de las naciones industriales. Concretamente, según datos de la Comisión de Lícitos (239) "Ningún empresario establecerá, organizará ni será participante o miembro de una persona jurídica o cualquier otra organización que controle la distribución de la totalidad o parte de materiales o productos por vía de compra o venta en exclusiva o que acometa la asignación de la totalidad o de parte de esos materiales o productos".

Comercio (240), en 1953 las firmas con más de 500 empleados y-trabajadores hicieron el 37% de las ventas totales del país, -proporción que ocho años más tarde, en 1961, aumentaba al 43,8% mientras que disminuía en 6,3%, exactamente del 28,6% al 22,3%-la proporción de las empresas con menos de 50. En conjunto, según KOZO YAMAMURA (241), durante la década 1950-60 disminuyó ligeramente la participación de las diez primeras empresas en los principales sectores de la economía, si bien aumentó la parte -que los tres primeros oligopolistas detentaban en su campo res-pectivo; en el decenio siguiente, fue consecuencia de la deci-dida política gubernamental de apoyo crediticio a las empresas -dominantes y estímulo de las fusiones entre ellas, y de otros -factores, el aumento de la concentración en general y ha tendi-do a consolidarse la situación de los cabeza de fila. Ahora bien, un fenómeno muy interesante de la postguerra, aunque se haya -atenuado en los últimos años, es la relativa fluidez de posi-ciones en la cúspide de los distintos sectores. A diferencia de lo que ocurría bajo la égida de las zaibatsu, han menudeado los cambios de posición entre las diez primeras firmas en bastantes-sectores, sobre que no es raro que una empresa nueva o sin tra-dición logre encaramarse a posiciones preeminentes, si bien el-caso se rarifica, a no ser por fusión o absorción, en los tien-pos recientes. En suma, parece justificada la calificación glo-bal de la doctora HADLEY, "concentración sin monopolio". Han -renacido los conglomerados, se ha consolidado la estructura -oligopolística, aunque con mayores posibilidades de apertura y cambios de posición relativa, y sobre todo se observa en los -grupos de hoy, igual que en las zaibatsu de antaño, que no in-teresa tanto el monopolio de un sector concreto como la presen-cia simultánea en multitud de sectores, a niveles, bien es ver (240) Reproducidos por KOZO YAMAMURA, op.cit., págs. 103-104 (241) Op.cit., pág. 105 in fine.

dad, inferiores a los de antes de la guerra.

c ) Juicio del grado de eficacia de la política anti-monopolio

Con los datos expuestos es lícito ya esbozar un planteamiento crítico. Es incuestionable que la Comisión de Lícito Comercio no ha logrado contener el alud de absorciones, compras societarias y fusiones desatado en la última década, y, lo que es más significativo, tampoco ha conseguido impedir la amalgama de firmas que juntas podían asumir una posición dominante o acercarse peligrosamente a ella, con la única excepción de las tres fábricas papeleras que, deseando refundirse, abandonaron su proyecto al notificarles la Comisión que no consideraba la operación con buenos ojos. Ciertamente es que en este campo la Comisión ha tenido que luchar con tanta cronicidad como constancia contra el declarado entusiasmo del Ministerio de Comercio Internacional e Industria (242) por las concentraciones y contra la influencia íntima de los medios de negocios en el partido liberal-demócrata, que no menos endémicamente ocupa el poder. Ahora bien, hay un reproche grave del que difícilmente podría exculparse el organismo encargado de la jurisdicción antimonopolio, y es, como dijimos, su incapacidad en diecisiete años de actuación independiente (al menos, en teoría) para definir, siquiera de modo aproximativo, un criterio de determinación del mercado y lo que se entiende por posición dominante, así como de la zona crítica a partir de la cual una concentración es susceptible de restringir sustancialmente la competencia. El único acarreo positivo ha consistido, a nuestro entender, en reconocer la posibilidad de definir el mercado a nivel de barrio, concretamente en el caso Toho sobre sa-

(242) Sin embargo, la delegación japonesa en el pleno del Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE, celebrado en noviembre de 1970, ha dado cuenta, con motivo de su informe anual, de que el MITI empieza a moderar su postura en los últimos meses, inquieto ante las proporciones del proceso que tanto había fomentado.

las cinematográficas. También estimamos que abre perspectivas incitantes al desarrollo futuro de la acción antitrust el uso hecho por la Comisión de su facultad de imponer condiciones y garantías a las empresas fusionantes, con ocasión del caso Yawata-Fuji.

Las consideraciones precedentes podrían inducir al lector a un diagnóstico de fracaso poco menos que completo. Sin embargo, no sería ecuánime esa actitud, porque equivaldría a desconocer la innegable contención psicológica y moral que supone la obligación legal de notificar de antemano un proyecto a un órgano cuasi-judicial investido de la facultad de vetarlo con el simple argumento de que amenaza restringir el nivel de tensión competitiva. En este punto, es forzoso, es inexcusable preguntarse cuántas fusiones se habrían consumado de no existir la Comisión de Lícito Comercio o de no dictarse los artículos 15 y 16 de la Ley Antimonopolio. No se ha evitado ciertamente el proceso de concentración ni su aumento, pero sí se contuvo un tanto el ritmo de su avance, y buena prueba de que la Comisión y la Ley constituyen, a pesar de todo, un obstáculo enojoso para algunos círculos industriales y para altos funcionarios entusiastas de la integración, es que más de una vez se ha planteado en la Dieta la reforma del texto legal, con el propósito de relajar y reducir a la mínima expresión las disposiciones sobre fusiones. Concretamente en 1963 se presentó al Parlamento un proyecto de Ley por el que se eximía de los requisitos de la Ley Antimonopolio a las fusiones en una serie de sectores especificados en el artículo segundo; acero, petroquímica, automóviles y neumáticos; proyecto que llevaba el título de "Promoción Transitoria de determinadas industrias" (243). Durante casi todo el año

---

(243) Cfr. MICHIKO ARIGA y LUVERN RIEKE, op.cit., pág. 467 y KOZO YAMAMURA; op.cit., págs. 78-84.

se discutió apasionadamente la propuesta del gobierno, novilijándose estentóreamente la Federación de Asociaciones Económicas (abreviadamente, Keidanren) por la legalización de las compañías holding, de las conexiones directoriales y las participaciones intersocietarias, así como por el relajamiento de las restricciones legales en materia de fusiones, y la autorización de concentraciones "racionalizadoras", aun cuando la empresa resultante acaparase una "parte decisivamente grande del mercado". A tal programa, así como al proyecto mismo, se opuso arduamente el partido socialista, apoyado con firmeza por las pequeñas y medianas empresas, y por una minoría de grandes empresarios, que tras la aparente liberalidad del proyecto de ley presentían la amenaza de una planificación más o menos autoritaria por el Ministerio de Comercio Internacional e Industria. Finalmente atemorizado el Gabinete por el encarnizamiento de los debates, dejó que la proposición se estancara en la Comisión de Industria y Comercio. Disueltas las Cámaras y celebradas elecciones con nueva victoria liberal-demócrata en noviembre de 1963, volvió el Gobierno, sin mayor convicción, a presentar la propuesta, que no se sometió a debate. Todavía determinados medios empresariales persisten en obtener vía libre para la concentración, pero ha evolucionado el ambiente político y social respecto a la política antitrust, que de ser considerada como interdicto odioso del ocupante, ha pasado a ser aceptada, aunque con reservas y matices, y hasta defendida por varias zonas de la opinión nacional.

6.- Conclusiones. He aquí las deducciones a que nos ha conducido el repaso de veinticinco años de derecho antitrust en el país más desarrollado del mundo asiático y a punto de consagrarse como tercera potencia económica del mundo:

Primera.-- La política antitrust de la ocupación norteamericana ha sido la más intensa y generalizada campaña anti-monopolio

de la historia, y la más ambiciosa empresa de transformación - de estructuras económicas a marchas forzadas. A pesar de sus - imperfecciones y de su apresurada liquidación, obtuvo éxito en lo fundamental, toda vez que:

a) logró disolver las zaibatsu como tales núcleos familiares - de influencia económica y política, repartiendo entre el públi - co sus participaciones accionarias y eliminando a sus miembros rectores de los puestos de mando de las finanzas y la indus - tria;

b) redujo a dimensiones compatibles a un grado racional de con - petencia algunas de las empresas dominantes;

c) destruyó el sistema de relaciones cuasi-feudales de jerar - quía y vasallaje reinante entre las diferentes firmas de cada - grupo;

d) facilitó el nacimiento de nuevas firmas capaces de enfren - tarse a los oligopolios tradicionales;

e) elaboró, sobre la base de la legislación antitrust de los - Estados Unidos, un vasto ordenamiento que no sólo se proponía regular la gestión empresarial, sino también las estructuras - ya que si proscribía por una parte la colusión entre empresa - rios, por otra vedaba la concentración jurídica o económica, en - tre empresas.

Segunda.- El derecho antitrust nipón es, incluso en su vigente mecanismo suavizado, uno de los más rigurosos que se hayan es - tablecido, ya que, en materia de concentración, se distingue - por las notas siguientes:

a) prohíbe de plano la constitución de holdings, sin excep - ción ni salvedad, caso único en el panorama mundial del orde - namiento de la competencia; la holding es la fruta prohibida - en el edén del capitalismo japonés.

b) ha impuesto un sistema de notificación previa, con efectos suspensivos, de toda operación fusionista, así como de toda ad -

quisición de activos y de las transferencias de negocio entre empresas competidoras, y confiere al órgano especial encargado de aplicar la Ley Anti-Monopolio, a saber, la Comisión de Lícito Comercio, la facultad de vetar todo proyecto que le parezca susceptible de "restringir sustancialmente la competencia en un sector determinado del mercado", así como todo acto integrador que, a su juicio, se pretenda efectuar con prácticas comerciales ilícitas;

c) en materia de participaciones accionarias ha establecido también un sistema de notificación, si bien sólo a posteriori para las empresas no financieras que, teniendo un capital superior a cien millones de yens, adquieran acciones de otra sociedad japonesa, y para las empresas financieras ha impuesto lisa y llanamente un tope del diez por ciento del capital de compañía "participada", salvo en casos especiales y previa autorización de la Comisión, sin perjuicio de prohibir como principio general, a todas luces tomado de la Ley Clayton, que ninguna compañía, financiera o no, adquiera títulos de otra compañía en el Japón si el resultado de la operación pueda ser la reducción sustancial de la competencia en un mercado concreto o el acto se realiza mediante prácticas comerciales ilícitas;

d) también veda las interconexiones directoriales en el supuesto de que aboquen a reducir sustancialmente la competencia en un sector determinado, y obliga a los directivos que simultáneas cargos en compañías competidoras, siempre que los activos de una cualquiera de ellas exceda de cien millones de yens, a ponerlo en conocimiento de la Comisión;

e) en los apartados b) , c) y d), la Ley japonesa deja atrás al patrón norteamericano, especialmente en cuanto al régimen de notificación obligatoria al Gobierno, y también, por lo que se refiere al apartado c), en el límite legal del diez por ciento fijado a las participaciones societarias de los bancos y demás establecimientos financieros;

tercer. Ahora bien, la jurisprudencia japonesa ha sido por lo  
más bien ténida en la aplicación de la ley, caracterizándose por  
el resultado de que la jurisprudencia es tolerante y benigna --  
allí donde la letra escrita es severa. Concretamente, se perfir-  
lan las siguientes tendencias:

a) No considerar como peligrosos para la tensión competitiva por-  
centajes inferiores al 30% de las ventas nacionales, mientras --  
**que en** los Estados Unidos porcentajes del diez o del quince --  
por ciento promueven a menudo la intervención de la Comisión Fe-  
deral de Comercio del Departamento de Justicia. Incluso porcen-  
tajes del más del cincuenta por ciento de la producción total --  
no han sido óbice para la aprobación de ciertas amalgamas como-  
la de las hijuelas de la antigua Mitsubishi Heavy Industries.

b) No se ha llegado aún a definir, ni siquiera aproximadamente,  
lo que se entiende por posición dominante en el mercado ni por  
restricción sustancial de la competencia. Bien es verdad que se  
trata de ideas novedizas, fluctuantes, mutables, como demuestra  
la experiencia americana, pero también lo es que la Comisión de-  
Lícito Comercio ni siquiera ha intentado, al contrario que el --  
Departamento de Justicia de los Estados Unidos, elaborar unas --  
guías orientadoras, unos criterios elementales de referencia.

c) **En** casi todas las resoluciones de la Comisión se aprecia --  
cierta superestimación, cierta supervaloración, del argumento-  
de "racionalización tecnológica" como justificante, más bien --  
diríamos como eximente, de las concentraciones que abocan a la  
formación de empresas con más del 40% y hasta del 50% de las --  
ventas nacionales del artículo fabricado. No se puede honrada-  
mente discutir la validez de esta consideración en nuestra era  
de revolución científica y técnica, y menos aún en un país que,  
como el Japón, no tiene más dilema que el tradicionalmente apli-  
cado a Inglaterra: "Exportar o morir", y con más apremio aún, --  
pero el lector de los acuerdos aprobatorios no se sustrae a la-



Impresión de que la insistencia en la "racionalización" de la-  
ta el deseo íntimo de los Conisarios de confirmarse en que una  
operación integradora peligrosa para el equilibrio de fuerzas  
en el mercado debe ser, a pesar de todo, autorizada; parece, en  
suma, como si los autores de los acuerdos quisieran, subcons-  
cientemente, acallar su conciencia.

d) En cambio, y a título de precedente sugestivo, no identifi-  
car de modo simplista el concepto de "mercado" con el de terri-  
torio nacional, sino matizar su determinación geográfica, con-  
forme a las características peculiares de cada sector econó-  
mico. Así el mercado puede consistir en un simple barrio, como  
se ha visto a propósito del caso Toho.

e) Hacer uso, y éste es otro aspecto positivo, de las facultades  
que la ley confiere al órgano de control para imponer a los  
protagonistas de un acto concentrador condiciones, garantías y  
cautelos que pueden llegar a la transferencia forzosa de paten-  
tes, fábricas y participaciones accionarias, como se acordó, por  
ejemplo, en el caso Yawata-Fuji.

Cuarta.- La Comisión no ha podido, juicioso es reconocerlo, de-  
sarrollar su menester en la medida de sus aspiraciones, porque  
el propio Gobierno ha estimulado y sigue fomentando la concen-  
tración de las entidades rectoras del sistema económico, con el  
pretexto, en alto grado legítimo, de que la progresiva integra-  
ción del país en el mercado internacional con su secuela inexo-  
rable de liberalización de las importaciones, exige poner a las  
empresas niponas en pie de igualdad competitiva con los colosos  
del mundo occidental. Existe una tensión crónica, cuando no la-  
tente declarada, entre la Comisión y el propio Gobierno que la  
nombra, y más aún frente a los técnicos del Ministerio de Comer-  
cio Internacional e Industria.

Quinta.- A partir de 1953, los resultados no pasan de discretos  
tal vez, mediocres, pero sería exagerado hablar de fracaso, pue-

ni las zaibatsu han resurgido, ni el grado de concentración - global del sistema alcanza ni con mucho el nivel de 1945, a pe- sar del aumento experimentado en la década 1960-1970. La prue- ba más palmaria de que la simple existencia de la Ley Anti-Mo- nopolio y de la Comisión de Lícito Comercio gravita coactiva - mente en el ánimo de las empresas oligopolísticas y de sus di- rectores, ha sido la sucesión de ataques al ordenamiento anti- trust y de propuestas de reforma, así como algún episodio no - por aislado menos significativo, como el reseñado abandono del proyecto de fusión entre tres primeras firmas papeleras. Del - fracaso, por lo menos hasta ahora, de esas tentativas se extrae una consecuencia alentadora: el ordenamiento antitrust ha logra- do despertar una conciencia social de defensa de la competencia. Es el mejor fruto psicológico de una gestión que en términos ma- teriales no ha pasado de mediana.

1.- Desarrollo histórico de la legislación canadiense en defensa de la competencia.

La trayectoria seguida por el más vasto ("a mari usque ad mare", dice su escudo) y antiguo de los Dominios de raza blanca de la Commonwealth desde su constitución como Federación en 1867, por virtud de la British North America Act, responde, análogamente a la evolución de su poderoso vecino emancipado un siglo antes, a la adopción de las instituciones y principios del derecho tradicional de la metrópoli; en otras palabras, Canadá se ha inspirado, y no menos que los Estados Unidos, en el Common Law anglosajón a la hora de articular un ordenamiento positivo contra las maquinaciones y prácticas opuestas a la libertad de competencia. Como se verá, el proceso germinal de ese ordenamiento se parece mucho, en sus líneas generales, al de la nación yanqui.

Durante los veinte años consecutivos al nacimiento de la Federación, las únicas normas federales contra las prácticas restrictivas fueron las reglas del derecho común, especialmente las que proscribían los pactos susceptibles de provocar abusos contra las partes o de perjudicar al interés general. Las antiguas leyes inglesas habían sido derogadas o sólo conservaban alcance muy limitado, por la promulgación de disposiciones nuevas y la formación paulatina de una jurisprudencia económica. Ahora bien, esos fragmentos dispersos de regulación no bastaban a tutelar los intereses del consumidor, y menos aún dentro del régimen de protección aduanera con que el Gobierno fomentaba la incipiente industria nacional. De hecho, cualquier tipo de pacto restrictivo

abusiva para los intereses de las partes; el bien general - era una consideración nebulosa y platónica, sin concreción judicial ni normativa. De ahí que las empresas se concertaran en una red de acuerdos de fijación de precios, repartos de mercado y contratos de exclusiva, cuyos efectos gravitaban sobre el público, igual que en los Estados Unidos. El clamor de la opinión indujo a la Cámara de los Comunes a - crear (1888) una Comisión especial, que rápidamente elaboró y propuso un proyecto de ley contra los pactos y cláusulas de restricción de la libertad de comercio, y al año siguiente se votaba la primera ley contra las "combinaciones"(244), que, si anterior en doce meses a la Ley SHERMAN, no merece, sin embargo, ser considerada como decana del derecho de defensa de la competencia, por lo reducido de un ámbito que excluía todo supuesto o figura que no consistiese precisamente en "conspiración", pacto, convenio, colusión entre empresarios distintos. A diferencia, pues, de la normativa que a - muy poco se implantaría en Norteamérica, la novel legislación canadiense no mencionaba ni regulaba las operaciones propiamente concentradoras; ni una palabra se decía de "trusts" ni de fusiones o amalgamas societarias, ni de adquisiciones de acciones o activos fabriles entre competidores. El ordenamiento nacía renco, nacía con una radical deficiencia: no contenía disposición alguna en materia de estructura empresarial.

Fiel a la tradición británica, la ley de 1889 se configuraba como norma penal (criminal law), igual, según - vimos, que la Ley SHERMAN. Se consideraba, efectivamente, -

---

(244.) An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade, CANADA STATUTES, capítulo 41 (1889).

delito punible con prisión o multa toda colusión, "coalición  
acuerdo o arreglo que tuviese por objeto limitar indebidamen-  
te o dificultar las condiciones de transporte, producción, fa-  
bricación, suministro, almacenamiento o comercio de un artícu-  
lo o producto cualquiera; restringir los intercambios; impe-  
dir, limitar o reducir injustificadamente la fabricación de un  
artículo o elevar su precio de modo abusivo; coartar o impe-  
dir la competencia en cualquiera de las fases del proceso eco-  
nómico de una mercancía, incluyendo el aseguramiento. Considé-  
ramos de capital importancia señalar el carácter expresament  
"penal", y no civil, porque ha gravitado y continúa gravitan-  
do de modo determinante, y no por cierto favorable, en la ju-  
risprudencia, y más aún en punto al régimen de fusiones y mo-  
nopolios, que, como acertadamente dictamina D.H.W. HENRY (245)  
plantea "problemas estructurales.... donde no está en juego  
ningún comportamiento anti-competitivo de trascendencia". Añ-  
de concienzudamente el autor: "En un caso criminal, la Coron  
enfrentada con la carga habitual de la prueba, puede prever  
ciertas dificultades en probar la culpabilidad más allá de t  
da duda razonable" (beyond a reasonable doubt). La razón espe-  
cífica de que la ley se configurara con matiz criminal fue,  
amón de la tradición anglosajona, la estructura constitucio-  
nal del Dominio. En efecto, la legislación "anticombines" to-  
nia que dictarse estrictamente dentro del marco que la citad  
Ley de la América del Norte británica asignaba al Parlamento  
Federal (artíc. 91), marco que comprendía, entre otras mate-  
rias: "2. La regulación del Comercio y del Tráfico" y "27. El

---

(245) Director de Investigación y Encuestas del Departamento  
de Asuntos de Consumo y de Sociedades, que es el órga-  
no actualmente encargado de aplicar la ley, y presiden-  
te, además, del Comité de Prácticas restrictivas de  
la OCDE.

Derecto Penal,.... incluyendo el procedimiento en materia criminal".

La Ley de 1889 no tuvo eficacia, entre otras razones porque se confió su aplicación a la policía de cada Estado, ayuna - de los medios necesarios para combatir coaliciones cuyo ámbito desbordaba a menudo los límites provinciales. Se dictó, - en consecuencia, la Ley de Investigación de Colusiones (Com-  
bines Investigation Act) de 1910, cuya principal novedad radicaba, aparte de sus detalladas disposiciones procesales, - que se resumen más adelante, en el hecho de que definía la - "combine" o colusión de tal forma que no sólo abarcaba los - pactos y acuerdos empresariales restrictivos de la competencia, sino también cualquier trust, fusión o monopolio contrario al interés general. El derecho canadiense avanzaba, pues, un paso, reconociendo la necesidad de regular no sólo el comportamiento de las empresas, sino también su estructura. Por lo demás, las investigaciones y encuestas se iniciarían en - virtud de solicitud (application) de seis personas a un juez, quien debería, en el caso de estimar que procedía la encuesta, dictar la providencia correspondiente, en virtud de la - cual el Ministro de Trabajo nombraría una junta de tres comisarios encargada de averiguar, reunir pruebas y formular recomendaciones. Toda persona que, culpable de cometer infracción a la Ley, no desistiese de su conducta en las diez jornadas siguientes a la publicación del informe de los comisarios, se hacía acreedora a multa de hasta mil dólares - por cada día de persistencia en la infracción. También se - preveía, sugestiva novedad, a título, por añadidura, puramente canadiense, la posibilidad de rebajar los aranceles - aduaneros como arma contra las actividades agiotistas o mo-

monopolísticas de determinados "trusts" y colusiones. Ahora bien, el cómo aplicar estas disposiciones a una fusión o amalgama de empresas adolecía de cierta confusión u oscuridad.

En materia de concentración stricto sensu, la Ley de 1910 fue tan inoperante como su predecesora, aunque históricamente tenga el valor inestimable de haber incorporado la figura de integración empresarial. En 1919, el Parlamento aprobó la Ley de la Junta de Comercio (Board of Commerce Act 1919) así como la de Colusiones y Precios Lícitos (Combines and Fair Prices Act 1919), como consecuencia de la inquietud suscitada por el alza continua de precios durante la Guerra Europea. Se enderezaba la segunda tanto contra las agrupaciones de "control" (es decir, restricción) del comercio y los monopolios como contra los precios abusivos, y se encomendaba su aplicación a la Junta de Comercio, creada en virtud precisamente del primer texto. Se confería a la Junta, entre otras facultades, la investigación y represión de toda clase de "combinations", monopolios, trusts, y fusiones, para lo cual podría dictar órdenes de cese y desistimiento. El criterio de ilicitud que la Ley sentaba era el "perjuicio del público" (detriment to the public), extensivo a las operaciones fusionistas. Sin embargo, la nueva regulación sucumbió a poco, ante los Tribunales que la declararon ultra vires, es decir, inconstitucional por presunto exceso de poder del Parlamento Federal en perjuicio de los Estados miembros. Se argumentaba que la Ley de Colusiones y Precios Lícitos rebasaba los límites de una ley penal sobre actividades comerciales e industriales, y que, en realidad, equivalía a una reglamentación de la industria, materia expresamente reservada a

En 1923 se promulgó una nueva ley sobre colusiones, reeditora de los preceptos válidos de la de 1919, si bien confiaba a un sólo funcionario, y no a una Comisión tripersonal, la misión de aplicar la Ley, con el título de Registrador (Registrar). El jalón siguiente fue la Ley de 1935 por la que se creaba la Comisión Federal de Comercio e Industria (Dominion Trade and Industry Commission Act 1935) como órgano, también trino, encargado de perseguir las prácticas y pactos restrictivos. Se volvió más tarde al sistema del funcionario único, si bien con el título de Comisario.

En 1951 se introdujeron enmiendas a la Ley para intercalarle figuras, concretamente la fijación vertical de precios, y en 1952 se estableció la significativa modificación de distinguir entre la actividad de investigación y encuesta propiamente dicha, encomendada al "Director de Encuestas o Investigaciones", y la confección de "informes" (reports), correspondiente a la Comisión de Prácticas Restrictivas del Tráfico", dualismo que aún hoy constituye uno de los rasgos de la jurisdicción canadiense. Ocho años más tarde (1960) se ha promulgado una reforma y refundición de conjunto que constituye en 1971 la normativa vigente. Bajo el título unitario, ya tradicional, de Ley de Investigación de Colusiones, se han incorporado las disposiciones antitrust del Código Penal, se ha suprimido la definición del concepto de

---

(246) Artículo 92, párrafo 13, de la British North America Act (en lo sucesivo, B.N.A.). Con arreglo a este precepto, el Consejo Privado (Privy Council) de Su Majestad dictó la declaración de inconstitucionalidad en el caso Board of Commerce, en 1922.



"colusión" (combine), se han definido por separado los términos de "fusión" (merger) y "monopolio" y se ha eliminado toda referencia a la palabra "trust". Asimismo se han añadido preceptos que prevén la posibilidad, en determinadas circunstancias, de licitud de ciertos tipos de acuerdos entre competidores. Igualmente se ha retocado el mecanismo procesal.

Expuesto el despliegue de la legislación, pasemos a describir su contenido actual.

## 2.- El derecho positivo vigente: la fusión como figura delictiva específica.

### a) Concepto legal y régimen jurídico de la fusión.

Hasta 1960 el legislador definía en un sólo apartado de la "fusión, trust o monopolio" (artíc. 32, apartado c, de la Ley de Investigación de Colusiones, texto revisado de 1952); englobando indistintamente los supuestos siguientes: una o varias personas que hubiesen comprado, tomado en arriendo o adquirido de cualquier otro modo el control de todo o parte de un negocio o una participación en él, y una o varias personas que controlasen sustancial o completamente, en todo el Canadá o en una zona determinada del territorio, el tipo de negocio a que se dedicaran, salvo en los casos permitidos por el derecho de patentes u otra ley federal. El primer supuesto respondía en puridad al concepto de fusión, y el segundo no era ni más ni menos que una definición del monopolio. La reforma de 1960 ha dissociado con acierto entr ambas figuras, y por lo que toca a la fusión, la ha caracterizado detalladamente en su artículo 2º, apartado c):

"2.- En la presente Ley,  
.....

(e) "fusion" (merger) significa la adquisición por una o más personas, bien mediante compra o arriendo de acciones o activos, bien por otro medio, del control de una participación del negocio de un competidor, proveedor, cliente o de cualquier otra persona, en virtud de lo cual la competencia

- (i) en una industria o sector del comercio,
- (ii) entre las fuentes de aprovisionamiento de un sector del comercio o de la industria,
- (iii) entre los mercados de salida para un sector de la industria o del comercio
- (iv) o en un aspecto distinto de los especificados en los subapartados (i), (ii) y (iii),

se vea reducida o en trance de probable reducción, en detrimento o en contra de los intereses del público, ya se trate de consumidores, productores u otros sujetos".

La definición suscita, cuando menos, dos observaciones: por una parte, gran amplitud desde el punto de vista formal, por conceptuar como fusión, conforme a la tradición jurídica anglosajona, no sólo el acto solemne de integración personal y patrimonial de dos o más compañías, sino también la adquisición de activos, aunque no sea completa, y el traspaso de un negocio o su cesión por arriendo; por otra parte, y es el acento más incisivo desde la perspectiva económica, la inclusión, al lado de la amalgama horizontal, de las distintas figuras posibles de concentración vertical, incluso, en potencia, de los supuestos imaginables de concentración conglomerada siempre que puedan acarrear una restricción en el juego de fuerzas del mercado, eliminando in radice toda incertidumbre entre los medios industriales y allamando la labor interpretativa de los Tribunales. Ya no es necesario -

dos Unidos con la aplicación de la Ley CLAYTON, para la conclusión de que también las operaciones de signo vertical o mixto son impugnables. Rasgo, si bien puramente estilístico, que conviene subrayar es que, habida cuenta de su densidad y riqueza conceptual, la definición no es larga, casi - diríamos que es concisa; sin recurrir a tecnicismos complicados ni a términos especiales, abarca prácticamente la totalidad de las formas o figuras posibles gracias a la expresión "o de otro modo", en la que cabe implícitamente, quizá, las conexiones directoriales, a las que, en cambio, se referían expresamente las leyes norteamericanas y japonesas. No cabe, razonando bien, excluir que el Canadá se inspirara en la experiencia del derecho estadounidense, comprimiendo en media docena de renglones el resultado de una jurisprudencia de medio siglo.

#### b) Régimen penal de las fusiones ilícitas.

El artículo 33 dispone, con laconismo y severidad "Quienquiera que sea parte interesada o preste contribución o proporcione ayuda a sabiendas, en una fusión o monopolio o en la formación de una fusión o monopolio, será reo de delito y podrá ser castigado con prisión por dos años". Es la misma pena que para las demás infracciones minuciosamente tipificadas en el Capítulo V (artículos 32-34), con la salvedad de que el legislador ha dispuesto en algunas, como la negativa de venta y la fijación de precios de reventa, la alternativa de multa o cárcel, así como la acumulación de ambas penas. En el caso de fusión ilegal, los jueces no tienen opción, ni puede, por lo tanto, el reo consolarse con que se le imponga sanción pecuniaria en vez de encarcelamiento.

to. verdaderamente, parece excesivo, y hasta inexplicable, - que se castigue una fusión, por peligrosa que sea para la libertad de competencia, con el mismo rigor que un acuerdo de fijación de precios de venta al público, o de reparto de mercados o zonas de influencia, o una negativa a vender, y pertinente el citado criterio de D.H.W. HENRY sobre la escasa eficacia que cabe esperar de la jurisprudencia de fusiones con un instrumento jurídico tan tosco y simplista, aunque es posible que el precepto surta efectos de "arma de disuación", como se dice de las bombas nucleares.

c) El mecanismo procesal: de la investigación a la sentencia.

Las fusiones están sometidas, igual que las demás infracciones a la libertad de tráfico y competencia, a un iter procesalis que desde 1910 hasta 1960 ha ido perfilándose de tal modo que, sin perjuicio de conservar los Tribuna--les la última decisión, ha subido y se ha consolidado el papel de los órganos administrativos especialmente encargados de investigar los actos ilegales. En la actualidad, el esquema del procedimiento semeja una escalera de tres peldaños: el Director de Encuestas e Investigaciones (Director of Investigation and Research), la Comisión de Prácticas Comerciales - Restrictivas (Restrictive Trade Practices Commission) y el - Poder Judicial, concretamente los Tribunales federales, si - bien no es obligatorio, no es forzoso, el paso por el segun- do escalón. Explanemos la composición y funcionamiento de - las tres instancias.

El Director es, exactamente desde la reforma de - 1952, el funcionario federal a quien se encomienda en exclu- siva la aplicación de la Ley, en especial la función de in--

investigar las posibles violaciones. Nombrado por el Gobernador "en Consejo", según la letra de la Ley (artíc, 5º, párrafo 1), es decir por el Gobierno, sin especificación de período alguno, el Director suele gozar de un alto grado de independencia y se le considera como "el perro guardián" colocado por el Parlamento en el terreno de las prácticas comerciales restrictivas. Los efectivos a sus órdenes han ido acrecentándose, y suman ya más de 70 personas, treinta de las cuales son funcionarios de carrera, agrupadas en la Sección de Colusiones (Combine Branch) del Departamento de Consumidores y Corporaciones (Department of Consumer and Corporate Affairs). Dentro de la Sección funciona la División de Fusiones y Monopolios (Merger and Monopoly Division), hecho que por sí solo ilustra el relieve que el Gobierno reconoce al fenómeno de concentración empresarial. El Director y Departamento están encuadrados, desde una reciente reorganización, en el Ministerio de Asuntos Societarios y del Consumo (anteriormente en el de Justicia).

Las facultades del Director son amplias y variadas, si bien la Ley ha cuidado de limitar su ejercicio. Primera y fundamental, la apertura de investigación motu proprio "cuantas veces tenga razones para creer que se ha infringido o se está a punto de infringir una disposición de la parte V" (artíc. 8, párrafo b), facultad que se trueca en obligación si es a solicitud de seis ciudadanos canadienses con residencia en el país y veintidós años cumplidos (artíc. 7) o a requerimiento del Ministerio de Justicia (artíc. 8, apartado c). Importa añadir que, a partir de 1952, el Director ha sido habilitado para investigar situaciones monopolísticas o restrictivas que no constituyan infracción y la Ley vigente especifica (artíc. 42), que "el Director podrá por iniciativa propia, y deberá, por orden del Ministerio o a petición de la Comisión, proceder a una encuesta sobre la existencia y efectos de condiciones o prácticas que, en relación con

cualquier producto susceptible de comercio o tráfico, impliquen situaciones de monopolio o restricción del comercio....". Una vez iniciada la encuesta, es facultativo del Director suspenderla en cualquier momento, si estima que el asunto no merece más trámite, con la única salvedad de que si durante la diligencia se ha hecho aportación de pruebas a la Comisión, tendrá ésta que autorizar por escrito. Reconocido por la Ley como asesor del Ministerio de Justicia, el Director informará al Ministro, quién confirmará o revocará libremente el acuerdo de suspensión.

Compuesta de tres miembros nombrados por el Gobernador "en Consejo" para un mandato de diez años, con posibilidad de reelección, la Comisión de Prácticas Restrictivas tiene una función acotada: redactar informes basados en las conclusiones de encuestas acerca de presuntas infracciones. La Ley prevé, en efecto, que si el Director cree haber descubierto un hecho punible, podrá dar traslado de todas las pruebas a la Comisión notificando a los presuntos culpables. La Comisión celebrará vista pública en que deberá oír al Director y a todas las personas encausadas, y tendrá facultad asimismo para practicar pruebas adicionales, testificales o documentales. Oídas las partes y reunidos los testimonios, la Comisión elevará al Ministro sin tardanza un informe (artíc. 19º), que deberá "examinar las pruebas y la materia, estimar el efecto sobre el interés público de los conciertos y prácticas puestos de manifiesto por las pruebas y contener recomendaciones sobre la aplicación de las medidas previstas por la presente Ley o por otras leyes". No es normal que el informe de la Comisión se pronuncie en favor ni en contra de la instrucción de procedimiento criminal, ya que eso es cometido del Fiscal General (Attorney-General), pero, en el caso concreto de una fusión, si podría recomendar, por ejemplo, la disolución de la sociedad resultante, o-

la adopción de un interdicto que prohíba la repetición de -  
actos concentradores, o la promulgación de textos legislati-  
vos que remedien la situación creada. El informe carece, en-  
todo caso, de efectos vinculantes y deberá ser publicado en -  
los treinta días siguientes a su recepción por el Ministro -  
(artíc, 19, párrafo 3), "a menos que la Comisión declare por  
escrito al Ministro que sería más favorable al interés públi-  
co abstenerse de publicarlo"; caso <sup>/en el</sup> que será aquél quien acep-  
te la declaración o decida dar conocimiento, en todo o en -  
parte, del informe. Hasta 1971, la Comisión ha confeccionado  
cerca de una veintena de informes sobre operaciones fusionis-  
tas (luego se mencionarán), casi todos de interés por la -  
abundancia y precisión de sus datos. Repitamos que, según el  
artículo 42 de la Ley, está legitimado, lo mismo que el Minis-  
tro para encargar al Director una encuesta sobre "la existen-  
cia y efectos de condiciones o prácticas que, en relación con  
cualquier producto que pueda ser objeto de tráfico o comer-  
cio, apunten a situaciones de monopolio o de restricción del  
comercio....".

Ahora bien, como se desprende del artículo 15, no es  
necesario que el Director dé traslado a la Comisión, ya que -  
puede en cualquier momento de la encuesta remitir todas las -  
actuaciones al Fiscal General (el propio Ministro de Justicia  
a quien compete personalmente la decisión de si procede enjui-  
ciamiento criminal. Si la Comisión ha entendido del caso y el-  
vado su informe al Ministro, será éste también quien, en su -  
calidad de Fiscal General, decidirá si pone la materia en na-  
nos de la jurisdicción federal, después de someter el informe  
a dictamen de la asesoría jurídica. La competencia en primera  
instancia corresponde a los tribunales federales del distrito  
o provincia donde se cometa la infracción o se efectúe la fu-  
sión; la segunda instancia reside en los Tribunales de Apela-

ción de cada Estado, y, abolido el recurso de apelación ante el Consejo Privado, es el Supremo el órgano que resuelve en última instancia. El procedimiento consiste normalmente, como se ha dicho, en una acusación penal, mas no siempre ocurre así, - ya que se deja abierta la eventualidad, aunque en términos vagos, de que el Fiscal General entable "otros procedimientos - previstos por la presente ley" (artículo 15, párrafo 2). ¿Cuáles son esos "otros" trámites? En el supuesto de operaciones concentradoras, puede ser la disolución de lo hecho o un interdicto que prohíba lo que está a punto de hacerse. También el - órgano judicial está habilitado para adoptar estas medidas, según el artículo 31, párrafo 2: "Cuando un Tribunal Superior de Jurisdicción Criminal considere, con motivo de procedimiento - entablado por demanda del Fiscal General del Canadá o del Fiscal General de la provincia (es decir, de un Estado miembro), - a los efectos del presente artículo, que una persona ha cometido, está a punto de cometer o va, previsiblemente, a cometer - una infracción especificada en la Parte V, o un acto que tienda a perpetrar esa infracción, ..... el Tribunal podrá prohibir que se consume la violación o que se cometa o prosiga por esa persona o por otro acto alguno que tienda a su comisión, y, - cuando la infracción consista en fusión o monopolio, ordenar - a esa persona o a cualquier otra que realice los actos o medidas necesarias para disolver la fusión o el monopolio....".

La indicada inclusión de preceptos interdictales, ajenos por su naturaleza al proceso penal propiamente dicho, ha planteado, muchos años antes de la reforma de 1960, concretamente bajo la ley de 1923, una grave cuestión de constitucionalidad que en rigor todavía no se ha resuelto (247). Efectiva -

---

(247) Véase el trabajo citado de D.H. W.HENRY, Mergers in Canada Under the Combines Investigation Act., en Texas International Law Forum, año 1969, Volumen V, Fascículo I, págs. 17-18.



mente, en el caso Goodyear Tire (248), tuvo el Supremo que pronunciarse precisamente sobre la validez del pasaje transcrito del artículo 31 (recogido tal cual por la reforma hoy vigente), mejor dicho sobre la primera parte de él, que habla de actos por los que se prohíbe en general la continuación o repetición del acto ilícito, sin especificar su naturaleza. La sentencia decretó que el precepto había sido dictado intra vires, o sea, dentro de las competencias marcadas por la Constitución en materia penal, pero como el asunto no versaba sobre operaciones fusionistas, los considerandos no aludían al supuesto de concentración. Recientemente, otra sentencia del Supremo (caso Regina v. Campbell años 1964-1966, citado por HENRY, op.cit., pág. 17) ha vuelto a declarar intra vires la disposición, pero tampoco se trataba de una amalgama, sino de la imposición de precios de venta. La reforma de 1960 no alteró, en realidad, la situación. Como apunta HENRY (op.cit., pág. 18), bien calificado por su condición de Director de Investigación y Encuestas, "la validez de la disposición interdictal (injunctive provision) del artículo 31, que legitima a un tribunal, medie o no persecución y condena, para disolver una fusión o un monopolio, ha sido específicamente dejada en el aire por el Tribunal Supremo del Canadá".

Amén de los rasgos básicos del régimen, conviene exponer una breve comparación con los sistemas norteamericano y japonés. Del primero se distingue el canadiense en que la definición transcrita de fusión ilícita es más amplia que <sup>la</sup> del artículo séptimo del texto Clayton, por cuanto incluye expresamente no sólo las concentraciones horizontales, sino además, las verticales y las conglomeradas, como hemos dicho. Por otra parte, la

---

(248) Ref. Regina v. Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd (1954), 4 D.L.R. 61. Cit. por D.H.W. HENRY, op.cit., pág. 17

individuos como de sociedades o compañías, mientras que la de Washington sólo emplea la palabra "corporación", omitiendo así, al menos en teoría, el supuesto de que una persona física adquiera participación sustancial en sociedades competidoras entre sí, si bien es verdad que la generalidad de los términos de la Ley Sherman en sus artículos primero y segundo cubre esta aparente laguna. Además, se establece como criterio de ilegalidad la reducción, o probabilidad de restricción, de la competencia "en detrimento o en contra del público", siendo así que la Ley Clayton especifica, por un lado, "reducción sustancial", mientras que por otro prescinde de toda referencia a perjuicios del público. Ciertamente la diferencia es de mera terminología, pues la jurisprudencia estadounidense ha interpretado que recotar la competencia es nocivo al interés general, y en cuanto a la "reducción" de que habla la Ley de Colusiones, está claro que tiene que ser grave y flagrante. Respecto al Japón, las discrepancias son manifiestas: Canadá no ha establecido ni piensa introducir, que sepamos, el sistema de pre-notificación de operaciones concentradoras, ni ha pensado en poner límites a las participaciones accionarias de sociedades financieras en empresas industriales, ni se ha ocupado del tema de las conexiones directoriales. Ahora bien, la disparidad esencial entre el Dominio, por una parte, y los Estados Unidos y el Japón, por otra, se concreta en que el ordenamiento de aquél continúa centrado en una visión estrictamente penal de las operaciones concentradoras in deseables, mientras que el de los Estados Unidos ha evolucionado desde la concepción criminalista de la Ley Sherman a la consideración técnica, objetiva, hasta cierto punto neutra, de la Ley Clayton, que toma como centro de referencia el orden público económico, y el sistema nipón se ha inspirado ab initio en principios análogos.

veamos, a continuación, si realmente se ha aplicado, y con qué efectos, el sistema.

### 3.- La jurisprudencia canadiense de fusiones.

Con los antecedentes expuestos, habida cuenta, especialmente, de la falta de flexibilidad de un ordenamiento penalista que trata la fusión al mismo nivel que un acuerdo de fijación de precios o de reparto de mercado o una práctica desleal, no cabía esperar mayor fruto, aparte de que, obligado a apuntarlo, el problema económico del Canadá no radica en la eventual concentración de sus grandes empresas, sino más bien en la participación, por un lado indispensable, por otro abrumadora, de los colosos estadounidenses, y también británicos, peligro que ha movido en los últimos años al Gabinete de Ottawa a vedar operaciones de adquisición total o parcial de firmas nacionales por establecimientos extranjeros o a ordenar que la matriz estadounidense redujera su participación en la filial a un porcentaje minoritario, como en el caso del Mercantile Bank of Canada (249). Por otra parte, la gran industria del Canadá ha nacido ya concentrada, es decir, en forma de una empresa gigante, dos o tres a lo sumo, y así apreciamos, en el caso del aluminio que la potentísima ALCAN, filial, por cierto, de ALCOA, domina el mercado nacional (y parte del mundial) por razones históricas, decisivas y poco menos que inevitables. Considerando estos factores, aventuramos en los párrafos siguientes un resumen de la aplicación forense del derecho federal, no sin señalar, siguiendo a D.H.W.HENRY, que la "jurisprudencia canadiense en el

(249) En 1963 el First National City Bank, de Nueva York, controlado por la familia Rockefeller, compró a intereses holandeses el pequeño Mercantile Bank. Sin embargo, en 1967 el Gobierno de Ottawa, que acababa de hacer aprobar una ley bancaria por la que se vedaba toda participación accionaria de más del 25% de capital foráneo en los bancos canadienses, quiso obligar al establecimiento neoyorquino a vender el 75% de las acciones del Mercantile a personas de nacionalidad canadiense, y por fin se llegó a un acuerdo por el que la parte norteamericana se comprometía a ir vendiendo ese 75% en el plazo de cinco años.

(op.cit., pág. 18)

a) A nivel judicial.

Hasta ahora sólo se han ventilado dos casos ante los -  
Tribunales, entrambos antes de la reforma de 1960, de tal forma-  
que en el terreno procesal el texto vigente del artículo 33 está  
aún "sin estrenar". Fueron - Beer (250) y Western Sugar (251), y  
ambos se resolvieron a favor de los encausados. Expongámoslos con  
detalle y separadamente.

En el pleito Beer, cuya protagonista era la mayor cerve-  
cería del país, se reprochaba a la acusada la adquisición, por -  
compra y otros procedimientos, de participaciones de importancia  
diversa en otras 37 sociedades dedicadas a la fabricación, trans-  
porte, comercio y distribución de cerveza, táctica que a todas -  
luces era susceptible, según el Fiscal, de "operar en detrimen-  
to de los intereses del público", tanto más cuanto que, gracias  
a estas adquisiciones, parciales unas, totales otras, Canadian-  
Breweries había llegado a poseer el 60,9% del mercado de venta-  
de cerveza en Ontario y el 48% en el conjunto del Canadá. El -  
perjuicio del público consistía, concretamente, según el pliego  
de cargos, en que la acusada:

- 1) había llevado a cabo un "plan preconcebido" para la adquisi-  
ción, cierre, venta o desmantelamiento de gran número de cerve-  
cerías;
- 2) había conculcado el derecho del público a que prosiguiera la  
situación de libre competencia;
- 3) reducía la competencia a prácticas de índole publicitaria y  
"promocional" que incrementaban los costes;
- 4) concertaba asimismo acuerdos o arreglos con sus rivales en -  
cuanto a precios, cupos de venta y prácticas comerciales;

(250) Regina v. Canadian Breweries Ltd. (1960) Ontario 601; 33-  
Can.Crim. 1,126 Canadian Criminal Cases Annuary 133.

(251) Regina v. British Columbia Sugar Refining Co.Ltd. (1960).  
Citado, igual que el anterior, por D.H.W.HENRY, op.cit.,  
págs. 18 y sigs.

- 5) utilizaba el poder obtenido por esas operaciones concentradoras para dictar virtualmente la política de precios y otras prácticas de la industria cervecera e influir en las condiciones de funcionamiento del sector y en la distribución de cerveza;
- 6) disminuía la variedad de marcas y recortaba el margen de elección del consumidor;
- 7) imponía altos precios de venta;
- 8) usaba nombres de marcas que causaban confusión con denominaciones de artículos locales;
- 9) levantaba barreras a la entrada de competidores nuevos en la industria cervecera.

Los considerandos puntualizaban que la carga de la prueba incumbía a la Corona, es decir, al Fiscal, y que esa carga se extendía a "todo extremo que hiciese falta comprobar para fundar la acusación". Y a renglón seguido: "En caso de que la culpabilidad del acusado dependa de la prueba circunstancial, las circunstancias deberán ser, por encima de toda duda razonable, congruentes a la culpabilidad del acusado e incongruentes, fuera de toda duda razonable, a cualquier otra conclusión racional". Estas frases reflejaban la actitud del Juez de Ontario: adoptar una interpretación lo más estricta posible de la noción de ilicitud, según aclaraba el párrafo siguiente: "Cuando en la interpretación de una ley penal, haya dos interpretaciones razonables posibles, una más favorable al acusado que la otra, se deberá adoptar la más favorable al reo".

Como las adquisiciones en sí no planteaban dificultad alguna de prueba, el juez fijó su atención en si efectivamente había perjuicio o probabilidad de perjuicio público, y concretamente en dos "elementos importantes": la parte del mercado que abastecía la empresa encausada, y la existencia de reglamentos administrativos en el Estado de Ontario, a cargo de la Junta

provincial de Control de Bebidas. Respecto al primer punto, el juez apreció que la participación de Canadian Breweries había pasado del 11,2% en 1931 al citado 60,9% en 1958, progreso que, si bien se debía en gran parte a numerosas operaciones absorbentes, también respondía a "una política agresiva de ventas". En las demás provincias los porcentajes fluctuaban de 51,8% en Quebec a niveles inferiores, proporciones que, según el Juez, no constituían grado bastante de concentración o dominio del mercado para demostrar "perjuicio del público". Por otra parte, subsistía notoria tensión competitiva en el mercado, con una sola excepción: los precios de venta, aspecto que llevaba al segundo punto, es decir, a la cuestión del régimen administrativo de la venta de cerveza. La primera observación era que "en todas las provincias del Canadá la venta de cerveza está bajo control directo del Gobierno", y que, si la medida de este control variaba de provincia en provincia, todo Parlamento provincial había adoptado por Ley medidas concretas de intervención en el mercado, con lo que mal cabía competencia entre las firmas, por mucho que rivalizaran. A propósito de esta imposibilidad de emulación en precios de venta, aventuraba el Juez una sugestiva comparación entre la Ley Clayton y el texto canadiense, cifrando la diferencia en que la Ley de Colusiones requería "más allá de toda duda razonable" que la fusión de corporaciones competidoras iba probablemente a "poner dentro del poder de la concentración el extinguir la competencia en precios mediante un control monopolístico", mientras que la Ley Clayton no sentaba criterio tan estricto.

El considerando final resumía en los términos siguientes: "Cuando un Parlamento Provincial (Provincial Legislature) ha conferido a una Comisión o Junta la facultad de regular una industria y fijar los precios, y se ha ejercitado esa facultad, el Tribunal debe presumir que se ha ejercido conforme al interés -

público. En estos casos, para que una acusación prospere al amparo de la Ley de Colusión en relación con una colusión, creo que hay que demostrar que la colusión ha funcionado, o es susceptible de funcionar, de tal modo que obstaculice o imposibilite al órgano provincial en la tarea de ejercer con eficacia sus poderes de protección al interés general. Si las pruebas revelan que en virtud de una fusión el acusado logra un monopolio sustancial en el mercado, queda a mi juicio dispensada la carga de la prueba". En otras palabras, había que demostrar los efectos reales o presumibles de la concentración sobre el interés público, a menos que a consecuencia del acto la compañía absorbente o, en su caso, la nueva entidad, gozara de un monopolio virtual. Ahora bien, seguía una salvedad significativa: "Pueden, sin embargo, existir zonas de competencia en el mercado que no sean afectadas por el ejercicio de poderes conferidos al órgano provincial... En este caso las únicas zonas de competencia que, pudiendo rendir algún provecho al consumidor, quedan a menudo abiertas al acusado y a sus competidores, son las que consisten en la calidad, el gusto, los servicios y el empaque. Las pruebas revelan que en estas áreas limitadas la competencia entre la encartada y otras (firmas) del sector no conoce freno. Finalmente, se formulaban dos preguntas: ¿ha quedado probado por encima de toda duda racional que la fusión diera al acusado la facultad de desarrollar sus actividades sin competencia o sustancialmente sin competencia?, a lo que <sup>se</sup>respondía rotundamente: "No", y ¿se ha probado sin lugar a duda racional que la fusión confiriera al acusado el poder de controlar el mercado de tal manera que la autoridad provincial no pueda, en el ejercicio de su misión de fijar precios, proteger el interés público?, para nuevamente contestar "no". El Juez declaraba que, por lo tanto, Canadian Breweries no había delinquido.

La sentencia Beer Case influyó decisivamente en la - que (agosto de 1960) recayó en el caso Western Sugar, y por otra parte ofrece, según expresivas palabras de D.H.HENRY(op. cit., pág. 22), "algo de la esencia del enfoque judicial canadiense de las fusiones y demuestra por qué el caso Von's Grocery nunca habría podido registrarse en Canadá bajo la ley vigente". Estudiemos el litigio Western Sugar.

Dictó la sentencia el Tribunal de Manitoba, con motivo del enjuiciamiento criminal de la sociedad British Columbia - Sugar Refining Co.Ltd. que participó entre 1954 y 1959, junto a la firma B.C. Sugar Refinery Ltd., en la formación o funcionamiento de una colusión que consistía en adquirir el negocio de Manitoba Sugar Company Ltd., importante refinería azucarera, igual que las compradoras. También decía el pliego de acusación que las dos primeras habían formado una colusión monopolística con Canadian Sugar Factories Ltd., la propia Manitoba - Sugar Company Ltd., la B.C. Refining Sugar de Alberta y su homónima de Saskatchewan, para controlar el refinado y venta de azúcar en Columbia Británica, Alberta, Saskatchewan y parte de Manitoba, lo que, al menos parcialmente, habían conseguido. Según los antecedentes, la British Columbia Sugar Refining Co.Ltd., - había adquirido en 1931, y todavía conservaba al cien por cien las acciones de la citada Canadian Sugar Factories Ltd., de - Alberta, y en 1934 había fundado dos filiales, también al cien por cien, con su propio nombre y asimismo citadas: B.C. Sugar-Refining Co. Ltd., de Alberta, y B.C. Sugar Refining Co.Ltd. - de Saskatchewan. En abril de 1955 la matriz adquirió 13,200 - acciones del capital ordinario de Manitoba Sugar Company Limited, igualmente mencionada, y fué aumentando su participación hasta que a fines del ejercicio siguiente detentaba todo el capital menos 54 títulos. En cuanto a B.C. Sugar Refinery Limited, era una holding, que en el momento de la acusación poseía el -



99,6% del capital de British Columbia Refining Sugar.

El argumento capital de la acusación se ceñía a las empresas que tenían el monopolio azucarero en el Oeste de Canadá antes de la concentración, al menos hasta una línea divisoria que corría por la provincia de Saskatchewan; que la adquisición de Manitoba Co. les confería el monopolio del negocio desde esa línea hasta la cabecera de los lagos o la frontera oriental de Manitoba; que de este modo la entidad resultante obtenía el control de todas las refinerías situadas al oeste de Ontario, lo cual daba a los encausados el ejercicio de un monopolio completo en todo el Canadá Occidental. Considerando que antes de las operaciones incriminadas las firmas enjuiciadas eran las únicas refinadoras de azúcar en Columbia Británica y Alberta, y que nunca se había refinado azúcar en Saskatchewan y que Manitoba Co. era la única refinería en la provincia de su nombre, la concentración añadía un monopolio a otro monopolio, según la acusación.

Por su parte, inspirándose en la sentencia del caso Beer, el juez apuntaba: "No puedo aceptar el argumento de que es admisible la prueba de la intención para demostrar que la fusión, aunque no haya operado en detrimento o en contra del interés público....., va probablemente a surtir ese efecto"... "y debo hacer constar aquí <sup>/que</sup> en mi opinión la Corona tiene que probar en este caso no sólo que como consecuencia de la fusión el acusado adquirió "el poder" a que se refieren los casos sentenciados con arreglo al artículo 411 (498) del Código Penal; tiene que probar también beneficios o precios excesivos y exorbitantes, y ha fracasado en su intento de denunciar precios exorbitantes.- La Corona debe probar también el virtual sofoco de la competencia, y no lo ha hecho...". Tras analizar con detalle el funcionamiento de la industria azucarera en diversos niveles, llegó el juez a la conclusión de que, si bien

la compañía resultante era efectivamente la única refinadora en el Canadá Occidental, tenía que afrontar la competencia de las refinерías orientales, que seguían ofreciendo azúcar en la zona mediante circulares de precios. A los alegatos de que la competencia entre los acusados y las refinерías del Este estaba limitada por un pacto de respecto mutuo de zonas de influencia, el Juez respondía que, de existir, esos acuerdos "colaterales" (es decir, adicionales) no eran consecuencia de la fusión y no contaban, por lo tanto, a la hora de aquilatar si la operación perjudicaba al público, con lo cual el juez siguió fielmente el razonamiento de la sentencia Beer a propósito de los acuerdos "colaterales" concertados por Canadian Breweries.

Resumiendo, decía la sentencia: "La prueba...aportada no me ha convencido de que la fusión funcione o pueda funcionar eliminando la competencia en la zona que se especifica. Tengo la convicción de que siempre existió competencia y de que si - gue habiéndola, incluso en la zona reducida de los refinadores del Este o de algunos de ellos.... y los refinadores orientales pueden en cualquier momento incrementar su competencia en el "terreno disputado".... Es deber del Tribunal, cuando se trata de cargos de competencia indebida, decir cuándo "se ha pasado la raya". La Corona no me ha convencido más allá de toda duda razonable, "de que la fusión de referencia destruyera ni siquiera limitara la competencia, aun en la zona determinada." Si tuvo algún efecto sobre la competencia en aquélla zona, diría que no fue "sustancial" o "indebido" y que no se traspasó la "raya". El Juez absolvía, pues, a los acusados y, como en el caso Beer, tampoco apeló al ministerio fiscal.

El estudio de entrambas resoluciones revela que los tribunales conceden peso decisivo a los reglamentos provinciales como causa de exculpación; ha bastado que los acusados invocaran la existencia de disposiciones oficiales sobre precios

para que el juez resolviera en favor de ellos, sin dar apenas importancia a los porcentajes de concentración, por altos que fueran, y sí que lo eran. Personalmente creemos que este planteamiento es del todo erróneo por dos razones elementales: ni por estar un mercado sometido a reglamentación de precios, de calidad o de distribución, se elimina por completo el peligro de restricción de la competencia aparejado a una concentración de convergadura, pues la estructura creada por una fusión es más sólida y duradera y tiene más probabilidades de permanencia que un régimen de regulación administrativa, fácilmente derogable por decreto en cualquier momento. No nos parece juicioso que se autorice una integración de empresas principales y poderosas simplemente porque, de todos modos, los precios ya están fijados por el Gobierno y no hay peligro de que la empresa integrada imponga unilateralmente las tarifas.

Señala, por otra parte, D.H.W.HENRY(op.cit.,pág.25).- que los jueces de ambos litigios se basaron en el llamo "criterio del monopolio virtual o de la extinción virtual de la competencia", utilizada hasta entonces por los Tribunales muy a menudo en los casos de colusión propiamente dicha, y que, según su nombre indica, exige la demostración palmaria de que los acusados han llegado casi al monopolio o de que les ha faltado muy poco para suprimir la tensión competitiva. Ahora bien, como apunta el propio HENRY, (ibidem) este criterio "no ha sido universalmente acogido", antes bien, ha sido desestimado en recientes sentencias sobre presuntos convenios colusorios.

La impresión definitiva que se obtiene es, como apunta la OCDE en su estudio sobre "El poderío económico y la ley"(págs. 91-92 del texto francés), que "los tribunales tienden a interpretar con angustura el concepto de fusión dado por el artículo 29 apartado e) de la Ley de Investigación y Colusiones, lo cual puede explicarse en parte por el carácter penal del procedimiento

y de las sanciones previstas"(subrayamos nosotros). Por eso,añade el estudio, se ha permitido el Director de Investigaciones, en contactos officiosos con empresas que pretendían integrarse, indicar que la ley necesita aclaración en este punto, bien por el mismo legislador, bien por el Tribunal Supremo.

b) A nivel del Director de Investigación.

Dos casos recientes ilustran la actitud adoptada por este órgano gubernativo: el asunto Electric Signs (252) y el de distribución de productos alimenticios (253). En aquél, la fusión de dos fabricantes de rótulos luminosos eléctricos suscitó la creación de una empresa que acaparaba más del 50% de las ventas nacionales, pero el Director juzgó que era relativamente fácil el acceso al mercado; que diversas firmas de tamaño medio practicaban recortes de precio con bastante repercusión, hasta el punto de que una de ellas había logrado duplicar en poco tiempo sus ventas, y en fin, que no parecía que la "empresa absorbente hubiera utilizado su posición dominante de modo perjudicial para los anunciantes o los fabricantes de rótulos, competidores suyos". En el segundo caso, una serie de fusiones había abocado a la formación de una sociedad que representaba aproximadamente la mitad de las ventas al por mayor y al por menor, mientras que el resto se repartía entre cierto número de firmas relativamente poco importantes, y se comprobó que el control que la gran compañía ejercía ya sobre los puntos mayoristas o minoristas dificultaba el acceso de nuevos mayoristas, y disuadía a los minoristas de lanzar una campaña de competencia en precios por miedo a represalias. Sin embargo, en el momento de estudiar la posibilidad de pedir a los Tribunales un interdicto que prohibiese a la casa dominante toda nueva adquisición en el sector, el Director concluyó que no existía "ninguna prueba significativa de que-

---

(252) Informe al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE referente al ejercicio que finalizó el 31 de marzo de 1966, págs. 19 y 21.

(253) Informe de la delegación canadiense correspondiente al ejercicio que finalizó el 31 de marzo de 1967, pág. 37.

la empresa tuviese comportamiento monopolístico y de que fuese a proceder a nuevas adquisiciones", y puso fin con esto a la investigación.

### c) Conclusión.

Igual que en el caso del Japón, es bastante elevado, mucho más alto desde luego que en los Estados Unidos, el nivel a partir del cual se estima que la competencia puede quedar sustancialmente mermada y se exigen también pruebas detalladas de su diversa índole. La situación actual no induce precisamente al optimismo, ya que, como recuerda con insistencia D.H.W.HENRY (op. cit., pág. 27), "mientras persista el criterio del monopolio virtual en materia de fusiones, el artículo sobre fusiones queda privado de eficacia como medida práctica. Está claro que no hay posibilidad de usarlo para detener el monopolio en sus comienzos; sólo se le podría invocar en las fases finales de monopolización cuando ya la concentración ha avanzado mucho más allá del grado en que la competencia sigue siendo fuerza efectiva. Realmente, si el Parlamento quiso que el monopolio virtual fuera criterio de ilegalidad para las fusiones, es difícil comprender porqué no lo dijo así en palabras llanas o, alternativamente, porqué creyó necesario dictar prohibición alguna contra las fusiones cuando al mismo tiempo ha vedado la formación de monopolios susceptibles de operar en perjuicio del público". A nuestro juicio, la frase capital es la que se refiere a la imposibilidad de contener al monopolio en sus comienzos, a todas luces tomada de la sentencia del Supremo de los Estados Unidos sobre el caso E.I. Dupont de Nemours (1957), como se recordará.

### 4.- La administración ordinaria de la Ley y sus resultados.

Lo anterior representa la parte mínima de los esfuerzos y desvelos del Gobierno Federal por poner en marcha, mal que bien, una política de estructuras empresariales. Sería, pues, injusto cerrar el capítulo del Canadá con el balance, meridianamente

te deficitario según vimos, de la jurisprudencia en su acepción estricta; es decir, como acervo de resoluciones dictadas en casos litigiosos. La verdad es que se está formando otra jurisprudencia, en sentido lato, al socaire del trabajo cotidiano del Director de Investigación y de los informes de la Comisión de Prácticas Restrictivas, mucho más abundantes, como veremos, que el número de casos expuestos en el epígrafe anterior. El papel del Director es, con mucho, el más digno de explanación, y en pos suyo el de la Comisión.

Actualmente la División de Fusiones y Monopolios cumple su cometido por cuatro vías: encuestas oficiales del Director de Investigación; programa de asesoramiento y consulta del Director con las empresas; servicio de un registro de fusiones y encuesta general sobre las fusiones acaecidas en la postguerra, o sea, a partir de 1945.

a) Investigaciones individuales.

En cuanto a las encuestas la ley impone, como es lógico, riguroso secreto durante su desarrollo, y no es posible, por lo tanto, divulgar el nombre de las compañías o firmas sujetas a investigación. Sin embargo, los informes anuales del Director suelen indicar el volumen total de esta labor. Así, el informe correspondiente al ejercicio de 1º de abril de 1967-31 de marzo de 1968, decía que estaban 9 encuestas pendientes y en gestación investigaciones previas. Ahora bien ¿cuál es, si es que lo hay, el criterio de selección de los casos investigados? Oficialmente, formalmente, no existen, o no se conocen al menos, reglas orientadoras del tipo de las "guidelines" del Departamento de Justicia estadounidense, pero es evidente que el Director se atiene, en primer término, a la dimensión relativa de la operación, es decir, al porcentaje que suponen las empresas protagonistas en el mercado nacional o en algún mercado provincial. Una vez escogido un caso determinado para análisis, la División de Fusiones y Mo-

nopolios considera, por lo menos, doce puntos, que son los siguientes (254).

- 1) ¿Se trata de un producto bien definido que carezca de sustitutos inmediatos?
- 2) ¿Hay pruebas de que la fusión afectará a un mercado importante, ora todo el país, ora alguna de sus provincias, siempre que sea susceptible de descripción inequívoca?
- 3) A falta de competencia entre oferentes nacionales, ¿hay pruebas que, en forma de aranceles aduaneros elevados o de datos estadísticos, demuestren que únicamente una pequeña porción del mercado es abastecida por importaciones y que, por consiguiente, no cabe contar con los oferentes extranjeros para proteger al público?.
- 4) ¿Existe o no una reglamentación administrativa intensa en el sector?
- 5) ¿Hay pruebas de que los índices de concentración son altos o de que es sensible la diferencia de dimensión entre la firma adquirente y sus rivales?
- 6) ¿Hay pruebas de que las barreras a la entrada en el sector son elevadas o de que van a subir por la fusión o de que no se han registrado ingresos en ese mercado por un período de cierta duración?
- 7) ¿Cabe comprobar que la competencia subsistente será probablemente, ineficaz?
- 8) ¿Tiene la firma adquirente un historial de crecimiento por medio de fusiones o de actos de coacción o de repacidad o de conducta anti-competitiva en algún otro aspecto?
- 9) ¿Se ha demostrado o no intención de reducir la competencia o de dominar la industria?

---

(254) Cfr. D.H.W.HENRY, op.cit., págs. 26-27, y página 93, nota 1, de "La puissance économique et la loi", OCDE, PARIS - 1970.

- 10) ¿Hay probabilidad de que si se lleva a efecto la concentración, se cerrará un mercado importante o una fuente de suministro para firmas no relacionadas con la sociedad adquirente?
- 11) ¿Hasta qué punto hay pruebas de una posibilidad real de incrementar el rendimiento industrial mediante las economías de escala resultantes de la operación o la transferencia de activos de manos incapaces de una dirección competente?
- 12) ¿Hay pruebas de perjuicio al público, por ejemplo, beneficios excesivos o aumentos de precios como consecuencia probable de la fusión?

El cuestionario es bastante amplio, y revela en la autoridad canadiense preocupaciones que no suele considerar su homóloga de los Estados Unidos, por ejemplo, la presunta mejora del rendimiento y la eficacia de la empresa. De todos modos, el criterio fundamental no es otro que el efecto previsible en la competencia. Desde luego, no se aplica la noción de monopolio virtual, pero sí se hace una estimación de si la competencia ha sido desvirtuada hasta el extremo de que se pueda argumentar solventemente ante un Tribunal que "se ha traspuesto la raya" con lesión notoria para el interés público. Bien es verdad que, en el estado actual del ordenamiento, la Administración se hace muy pocas ilusiones, pues tiene fundadamente que los Tribunales dejen pasar toda amalgama que no provoque un grado chocante de concentración en el mercado.

Como ya dijimos, puede suceder, y sucede a menudo, que el Director comunique su encuesta a la Comisión, la cual, después de oír a las partes, eleva informe al Ministro sobre los efectos probables de carácter general. Normalmente, la Comisión aplica un análisis económico más elaborado que los Tribunales. Ha declarado nocivas o peligrosas determinadas operaciones y, hasta el momento, ha evacuado una veintena de informes, entre-



los que figuran sendos estudios de los litigios Beer y West-  
ern Sugar (255). Citemos los de fabricación, distribución y  
venta de harinas y otros productos de molienda de granos-  
(1948); fabricación, distribución y venta de cerillas(1949)-  
que contribuyó a la sentencia condenatoria dictada cinco años  
más tarde contra Eddy Match Co. por diversas prácticas abus-  
vas y monopolísticas; la manufactura, distribución y venta de  
levadura(1958) ; el sector óxido de cinc (1958); la fabrica-  
ción, distribución y venta de municiones (1959); los periód-  
cos de Vancouver y demás puntos de la Columbia Británica; la  
industria de conservas cárnicas y la adquisición de Wilsil Li-  
mited and Calgary Packers Limited por la Canada Packers Lim-  
ted (1961); la adquisición de las acciones ordinarias de Hea-  
dershot Paper Products Ltd. por la Canadian International Com-  
pany (1962); la venta de propano en Columbia Británica (1965)  
el sector fosfatos, otros productos químicos fosforosos y clo-  
rato de sodio (1966) y el de la producción, fabricación, sum-  
nistro y venta de tubos y guarniciones de hierro fundido en  
las provincias de las Praderas y en Columbia Británica (1966)

b) El asesoramiento a las empresas: política de "puerta abierta"

Las fuentes oficiales suelen hablar de "compliance  
program," es decir, "programa de sumisión voluntaria", porque en  
resumidas cuentas consiste en que los hombres de negocios, so-  
bre todo las empresas de envergadura, consulten de modo amigable  
y extra-oficial al Director de Investigación sobre posibles  
escollos jurídicos de sus proyectos fusionistas y se sometan  
a sus indicaciones, aunque no sean vinculantes. El propósito  
del "programa" es asistir a los medios industriales e informa-  
les, y el público usa de la oportunidad que se le brinda. Cada  
proyecto de concentración es discutido desde la perspectiva de  
(255) Ver lista en el apéndice del citado trabajo de HENRY.

derecho de colusiones y, después de haberse informado de todos los hechos, el Director manifiesta, por escrito o de otro modo, si, en el supuesto de consumarse la operación, se consideraría obligado a incoar un procedimiento de encuesta en regla. Huelga decir que la opinión del Director influirá en el acuerdo que adopten las empresas solicitantes. Se ha generalizado la costumbre de reseñar en el informe anual del Director lo esencial de las consultas planteadas en relación a proyectos de fusión, con el fin de que los hechos y los acuerdos recaídos sirvan de orientación o referencia al público. Por razones evidentes, las menciones no son nominativas, sino que se habla de las firmas A, B y C, en riguroso anonimato.

c) El registro de fusiones.

Desde 1960 mantiene la Sección de Colusiones (Conbines Branch), como instrumento básico de observación permanente del campo económico nacional, un registro minucioso en que se procura reflejar todas las fusiones de la industria canadiense. El registro es amplio, ya que abarca: las fusiones y absorciones societarias; los casos de adquisición por una compañía de la mayoría o de la totalidad de las acciones de otra, incluso las adquisiciones de paquetes minoritarios cuando por cualesquiera motivos se considere que la adquirente tendrá poder de control efectivo; las adquisiciones de un conjunto de activos o de una división fabril de otra firma, cuando se considere que esos activos o esa división podrían sostener una firma capaz de funcionar con independencia; adquisiciones de una compañía o grupo de compañías canadiense por una firma extranjera a consecuencia de las cuales pueda bascular de manos canadienses a manos extranjeras el poder de control; y, fusiones y absorciones, fuera del Canadá, de compañías sin vinculación anterior entre sí, siempre que operen en Canadá y que el hecho suponga una fusión indirecta dentro del mercado canadiense.

No hay disposición legal que obligue a las empresas a registrar las operaciones de concentración, por lo que subsiste la posibilidad de que algunas escapen a la atención de las autoridades. Sin embargo, está probado que en los últimos años sólo un modesto porcentaje de amalgamas han dejado de inscribirse oportunamente, es decir, cuando se llevaron a efecto. Lo más sugestivo de este registro es que, a más de brindar valiosa información a los miembros de la División de Fusiones y Monopolios, se ha convertido en libro de consulta por el público.

d) Una originalidad canadiense: el arancel de Aduanas como arma antimonopolio.

---

El artículo 29 de la Ley de 1960 dispone, en efecto, - que cuando, en virtud de una encuesta o de una sentencia del Supremo o del Tribunal del Exchequer de Canadá o de cualquier tribunal superior, de distrito o de condado, llegue el Gobernador, en el seno del Consejo, a la conclusión de que ha existido alguna colusión, confabulación, arreglo, acuerdo, pacto, fusión o monopolio para incrementar indebidamente los beneficios de fabricantes o distribuidores a expensas del público, en relación con un artículo determinado, y de que los derechos o aranceles que gravan ese artículo o cualquier otro similar propician ese perjuicio en el público, podrá el Gobernador, en el seno del Consejo, disponer ora que el artículo pueda ser importado libre de derechos, ora que el derecho sea reducido hasta la cuantía o el tipo que, a su juicio, confiera al público "el beneficio de una competencia razonable". Evidentemente, el precepto brinda un margen de maniobra mucho más amplio al gobierno una vez que la fusión ha sido instruida reglamentariamente. Es igualmente meridiano que, como arma económica, la reducción o supresión de aranceles debe ser en principio mucho más eficaz que una multa y que incluso en muchos casos se configura como una alternativa práctica a la disolución de la empresa amalgamada -

(HENRY), si bien existe el inconveniente de que, por norma, las revisiones del arancel requieren tiempo y formalismos.

e) Estudio general de la concentración económica desde 1945.

Desde que en 1961 el gobierno empezó a inquietarse por el alto número de operaciones fusionistas, el Director y su equipo han realizado, en el marco del artículo 42 de la Ley, una investigación de conjunto sobre las fusiones acaecidas desde el primero de enero de 1945, en primer lugar, para saber exactamente en qué grado habían contribuido a la concentración de la economía nacional, y en segundo término, para obtener elementos de referencia susceptibles de coadyuvar al enjuiciamiento de los hechos futuros, incluso a sopesar la eficacia del ordenamiento de colusiones. Se cursó, en consecuencia, un cuestionario a cerca de novecientas empresas en relación con todas las operaciones concentradoras en que hubiesen participado desde la fecha indicada. El cuestionario se formuló de tal forma que el Director pudiese, a la vista de las respuestas, determinar los siguientes puntos:

- 1) proporciones alcanzadas por la concentración de empresas en manos de los mismos poseedores;
- 2) los medios por los que se consumó cada fusión, es decir, si fue por canje de acciones, compra de acciones o compra de activos;
- 3) las categorías principales de los productos manufacturados o vendidos por esas compañías;
- 4) la zona de mercado abastecida por cada sociedad;
- 5) la participación de cada una de las compañías en el mercado, cuando se fusionaron;
- 6) el lugar ocupado por las sociedades fusionantes en el sector antes de la operación, inmediatamente después y en el momento de responder al cuestionario;

- 7) las economías que, en su caso, les había proporcionado la fusión y que no habrían podido obtener de otro modo;
- 8) la rentabilidad y dimensión de las compañías fusionantes en el momento de la operación y cuando contestaron al cuestionario.

La encuesta reveló 1.827 fusiones, de las que 1.186 es decir, bastante más de la mitad, habían tenido por protagonista activo, o empresa adquirente, a firmas de propiedad canadiense y las restantes 641 habían consistido, por el contrario en la adquisición de firmas nacionales por entidades de propiedad extranjera o controladas por el extranjero. El período cubierto por la investigación fue del 1º de enero de 1945 al 31 de diciembre de 1961, pero se acordó prolongarlo hasta el 31 de diciembre de 1965. Durante todo el lapso de compilación de datos, la Sección de Sociedades (Corporations Branch) del Departamento de la Secretaría de Estado, hoy Departamento de Asuntos de Consumidores y de Sociedades (Consumer and Corporate Affairs) consiguió que las empresas sometidas a encuesta fueran notificando al Director todo cambio en los accionistas con derecho a voto y en las participaciones accionarias que anualmente figuraban en los informes obligatorios de las compañías, en virtud de la Ley de Beneficios de Sociedades y Sindicatos (256). Así se consiguió que el Director no tuviera ya necesidad de consultar diariamente las informaciones de prensa. La prolongación del período estudiado trajo como consecuencia el acopio de datos sobre un total de 740 fusiones, de las cuales 487 corrieron a cargo de adquirentes de propiedad canadiense, y 253 fueron realizadas por adquirentes de propiedad foránea. Se comprobó, por lo demás, a lo largo de la encuesta, que, salvo contadas excepciones,

---

(256) Corporations and Labour Unions Returns Act, CAN.STAT. c.26 (1962). La Ley entró en vigor el 1º de enero de 1963.

si bien importantes, las concentraciones reveladas por las compañías figuraban ya en el registro de fusiones. Igual que con motivo de encuestas anteriores sobre actividades de alguna compañía en especial, el Director hizo saber a las entidades consultadas que procuraría en lo posible evitar la comunicación de los datos recibidos a las empresas competidoras y a otras en general. De ahí que estén celosamente archivados en la Sección de Colusiones todos los datos no publicados o divulgados por las empresas mismas, sin perjuicio, naturalmente, de que cualquier funcionario de la Sección pueda utilizarlos como término de referencia o comparación para apreciar el efecto presumible de una fusión a la luz de la Ley de Investigación de Colusiones.

#### 5.-Recientes propuestas de reforma legislativa.

Continuación, en cierto modo, de la encuesta resumida ha sido el encargo confiado en julio de 1966 por el Gobierno al Consejo Económico del Canadá, para estudiar diversos aspectos de la política nacional de competencia, concretamente las medidas deseables para: a) proteger el interés de los consumidores, b) en materia de colusiones, fusiones, monopolios y restricciones del tráfico, y c) patentes, marcas comerciales, derechos de autor y modelos industriales registrados. Es indudable que del estudio del Consejo podrían salir recomendaciones concretas sobre cambios deseables en la economía canadiense.

Efectivamente, en julio de 1969 se ha publicado el Informe provisional sobre la política de competencia, cuyas sugestivas propuestas de revisión del ordenamiento actual cabe clasificar en tres categorías (257): primera, seguir considerando como delitos determinados prácticas colusorias, concretamente la fijación de precios, el reparto de mercados y las maniobras desti-

---

(257) Ver informe del Canadá al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE correspondiente al periodo abril de 1969-marzo de 1970.

nadas a impedir el acceso de nuevos competidores o la expansión de los ya existentes; segunda, sustituir por un simple procedimiento civil el enjuiciamiento criminal cuando se trata de otras prácticas o situaciones, entre ellas precisamente las fusiones y monopolios, así como las discriminaciones de precios; tercera, extender el ámbito de aplicación de la Ley con objeto de que abarque sectores hoy excluidos. La instauración de un procedimiento civil requeriría, según el Informe, en virtud de la organización del Poder Judicial, la creación de un tribunal especial de prácticas restrictivas de la competencia, para decidir, entre otros cometidos, si, de conformidad al interés público, una fusión asegura el buen rendimiento del sistema económico, si contribuye a elevar los ingresos reales de los consumidores y si garantiza su bienestar. El Tribunal estaría facultado para prohibir fusiones a su juicio indeseables e impedir las prácticas nocivas, así como para recomendar al Gobierno medidas correctas susceptibles de remediar las prácticas ilícitas comprobadas, por ejemplo, la supresión de derechos arancelarios a la importación y la concesión de licencias para la importación de artículos amparados por una patente.

#### 6.- Régimen de los "sectores regulados".

Como en los Estados Unidos, la concentración e industrias consideradas como servicios públicos de transporte de viajeros y mercancías, o de producción y distribución de energía, está sometida al requisito de autorización previa por algún órgano administrativo especial. Así, en virtud de la National Transportation Act. (258), toda compañía que, operando en el sector del ferrocarril, gasoducto, oleoducto, abastecimiento de aguas, transporte por carretera o navegación aérea dentro del área de competencia del Parlamento Federal, se proponga

---

(258) CAN. STAT. c. 69(1966-67). Citado por D.H.W.HENRY, op.cit. pág. 10.

adquirir participación en otra sociedad también dedicada a ese negocio, mediante compra, arrendamiento, fusión, absorción o cualquier otra vía, deberá notificarlo previamente a la Comisión Canadiense de Transporte, la cual a su vez, publicará el proyecto por el procedimiento que juzgue más oportuno, informando en todo caso al Director de Investigación de Colusiones. A través de los comités que le están subordinados en los diversos ramos del transporte, la Comisión investigará hasta qué punto la operación armoniza con el interés público, y las partes afectadas por aquélla tendrán derecho a formular objeciones. Si considera que la concentración restringe la competencia o perjudica en alguna otra manera al interés general, la Comisión podrá denegar el permiso; ahora bien, el hecho de que otorgue su autorización no preserva a los fusionantes contra la acción correspondiente a la Ley de Investigación de Colusiones, si el Ministerio Fiscal considera que el acto es restrictivo o monopolístico. Se trata del sistema de la Ley estadounidense de Comercio Interestatal. La probable es que la Comisión conceda a los factores de la amalgama planeada la misma consideración que les atribuiría el Director de Investigación, quien, como hemos visto, tiene en todo caso la posibilidad legal de manifestar a la Comisión su propósito de instruir encuesta en caso de que se apruebe una operación ilícita. Hasta ahora, los contactos del Director y la Comisión se han concretado a un acuerdo de tipo procesal que prevé la cooperación mutua para el supuesto de fusiones discutibles.

## 7.- Conclusiones.

Primera.- Canadá mantiene un ordenamiento de índole estrictamente penal en materia de fusiones y monopolios, con el mismo régimen que si se tratara de acuerdos restrictivos entre empresas distintas, régimen excesivamente rígido según las opiniones más autorizadas, por la dificultad intrínseca de aplicar a operaciones de simple transformación de estructuras los mismos



conceptos y criterios que a conductas o actos que repercuten inmediatamente sobre terceros.

Segunda.- El sistema opera de modo eventual y sólo eventualmente, ya que no tratándose de una aplicación automática, depende de la calificación del Ministerio Fiscal, ampliamente discrecional, calificación que, a su vez, depende normalmente de un traslado previamente decidido por otro órgano gubernativo, el Director de Investigaciones; a posteriori, porque el enjuiciamiento de la operación acontece después de haberse consumado ésta o, por lo menos, cuando ya se encuentra en fase bastante adelantada y ha sido anunciada públicamente.

Tercera.-No hay sistema de notificación obligatoria previa, ni mucho menos control preventivo de fusiones. Es cierto que la Ley prevé expresamente la posibilidad de interdicto de no consumación, incluso de nulidad de una concentración ya consumada, pero no está claro aún si se trata de una disposición conforme a las competencias legislativas del Parlamento Federal, las cuales se reducen a la esfera criminal y no abarcan en principio la facultad de legislar sobre materia civil.

Cuarta.-El módulo de ilicitud fijado por la Ley no es demasiado exigente, pues gravita en el "detrimento al interés del público", noción vaga y difícil de precisar, aparte de que implica, a sensu contrario, que mientras no se llegue a demostrar ese perjuicio, podrá avanzar impunemente el proceso de concentración. Por eso se ha observado con acierto que el ordenamiento canadiense hace punto menos que imposible detener al monopolio "en sus conienzos", y que sólo será eficaz cuando los porcentajes subsiguientes de concentración resulten escandalosamente altos.

Quinta.- La jurisprudencia es parca y negativa: sólo dos casos fallaron los Tribunales Federales, desestimando los cargos y declarando perfectamente legales las operaciones incriminadas.

a pesar de que suponían acumular en las mismas manos un porcentaje muy considerable de las ventas totales en el mercado respectivo. En ambos asuntos, gravitó decisivamente en el ánimo del órgano judicial el hecho de que el sector donde se había verificado la fusión estaba sometido a reglamentación administrativa de precios.

Sexta.- Afortunadamente, el Director de Investigaciones desarrolla una utilísima labor de asesoramiento a las empresas que conciben proyectos de fusión, notificándoles, cuando lo cree necesario, el carácter ilegal de ciertas operaciones y de su intención de denunciarlas, si se realizan, al Ministerio Fiscal.- Está claro, aunque sea imposible medirlo en términos aritméticos que por esta actitud del Director diversas empresas han desistido de efectuar concentraciones de envergadura.

Séptima.- La concentración en el Canadá ha sido intensa en la postguerra, especialmente en la década 1950-1960, sin rayar en la extremosidad del monopolio. De todos modos, se acentúa la probabilidad de revisar la legislación sobre fusiones para hacerla más ágil y más eficaz, y será, seguramente, determinante el informe general del Consejo Económico del Canadá.

Octava.- Como dato original señalemos, por último, que la legislación no invoca la conexión directorial como posible variedad de "combine," y que, en cambio, prevé expresamente el manejo del Arancel de Aduanas contra toda colusión que amenace elevar abusivamente los precios.



## CAPITULO VII

### LOS ORDENAMIENTOS DEL CONTINENTE EUROPEO

#### 1.- Clasificación.

Estudiados los sistemas nipón y canadiense, to-  
ca explayar las legislaciones del Viejo Continente, que si no  
han dejado de acusar el influjo de la jurisprudencia transa-  
tlántica a partir de la Segunda Guerra Mundial, se han desa-  
rrollado a tenor de esquemas distintos, los cuales cabe, en  
último término, reducir a dos categorías básicas: el princi-  
pio de prevención o control previo y el de simple registro  
a posteriori. Los Estados de Europa Occidental, por cierto  
aún netamente minoritarios, que han dictado normas específi-  
cas de signo antitrust en materia de concentración, se rigen  
por una de esas dos técnicas normativas. Concretamente, la Co-  
munidad Europea del Carbón y del Acero y el Reino Unido de -  
Gran Bretaña constituyen ejemplos de la primera que, por -  
otra parte, tiende a ganar adeptos, entre ellos la Repúbli-  
ca Federal Alemana y, probablemente, también Irlanda de aquí  
a dos años; por su lado, la propia Alemania Occidental y, por  
imitación de ella, España aplican la segunda. Como caso espe-  
cial, y en cierto modo, intermedio, cabe calificar el del Mer-  
cado Común, cuyas autoridades tratan de aplicar a determina-  
das amalgamas el concepto de "abuso de posición dominante del  
mercado" delineado por el artículo 86 del Tratado de Roma. -  
Estudiemos sucesivamente entrambos tipos, empezando por el -  
de control preventivo, y dentro de cada uno aplicamos un mé-  
todo cronológico, exponiendo los ordenamientos según la fe-  
cha de entrada en vigor, con la reserva de que dedicamos el  
fin del Capítulo al Mercado Común, y dejamos la legislación  
española para el próximo, que será también el último.

## 2.- Los sistemas de control previo.

Se inspiran en el principio, relativamente ro-  
vicio en la doctrina jurídica del Viejo Continente, de que  
para salvaguardar la libertad de tratos mercantiles, no só-  
lo hay que vigilar y preprimir las prácticas y actos coluso-  
rios o restrictivos, no sólo hay que regular la conducta -  
comercial de las empresas, sino que es inexcusable actuar  
también sobre las estructuras mismas, o sea, controlar el -  
crecimiento y la dimensión de las firmas dentro de límites  
que les impidan alcanzar una posición de dominio en el mer-  
cado, en la medida en que ese crecimiento no obedezca a un  
proceso orgánico de expansión autónoma por superioridad té-  
nica o táctica (crecimiento interno), sino a la absorción de  
competidores o a la integración de dos o más rivales en un  
ente nuevo. Los alemanes han acuñado para este planteamien-  
to el expresivo término de "präventive Fusionskontrolle".

### A) La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.).

La postguerra alumbró una mística europeísta  
que, paradójicamente, tuvo como primeros predicadores a un -  
norteamericano, el general MARSHALL, deseoso de una Europa  
unida para la mejor administración del vasto plan de ayuda  
económica asociado a su nombre, y un británico, WINSTON -  
CHURCHILL, ex-primer ministro de la nación más insular y -  
aislacionista del mundo y secularmente opuesta a la forma-  
ción de todo bloque unitario allende el canal de La Mancha.  
Bajo la constante amenaza de una subversión comunista a ins-  
tigación de STALIN, y con el apoyo de los dos aliados occi-  
dentales más poderosos, las naciones industriales del Oeste  
continental se decidieron a instituir, con excepción de la  
neutralista Suiza, unos organismos de cooperación económica  
preparatorios, en el ánimo de sus promotores, MONNET, SCHU-  
MANN, ADENAUER, DE GASPERI, de una futura unión o federación  
política. Así nacieron la Unión Europea Occidental (U.E.O.)

también el primer ensayo, a nivel sectorial, de mercado común europeo, concretamente la organización de la minería hullaera y de la siderurgia, si bien, nueva paradoja, se negó a participar Gran Bretaña, cautamente arrepentida, sin duda, - de su "hora de fantasía" solidarista.

La CECA responde a unos objetivos precisos enunciados en la declaración del citado ROBERT SCHUMANN, ministro francés de Asuntos Exteriores, con fecha 9 de mayo de 1950:

- a) Edificar Europa "a través de realizaciones concretas, - creando en primer lugar una solidaridad efectiva";
- b) Eliminar la oposición secular entre Francia y Alemania;
- c) Sentar "bases comunes de desarrollo económico, etapa previa para la federación europea".

El 18 de abril de 1951 se firmaba en París el Tratado por el que se fundaba la Comunidad Europea del Carbón y del Acero entre Alemania Federal, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. El artículo 1º proponía textualmente "mercado común, objetivos comunes e instituciones comunes", y el 3º siete tareas, entre ellas "asegurar a todos los consumidores del mercado común situados en condiciones idénticas igual acceso a las fuentes de producción" (apart. b), "procurar el establecimiento de los precios más bajos posibles sin provocar el alza correlativa en los precios cobrados por las mismas empresas en otras transacciones, o en el nivel de precios globales en otro período, y permitiendo al mismo tiempo las amortizaciones necesarias y la promoción de las posibilidades normales de remuneración para los capitales invertidos (apart. c) y, muy especialmente, porque es, a nuestro juicio, la más ilustrativa - del enfoque "estructuralista" del Tratado, el apartado d):

"Cuidar de que se mantengan condiciones que animen a las em-

presas a la expansión y mejoren su capacidad de producción, y de promover una política de explotación racional de los recursos naturales, evitando su agotamiento innecesario". También era significativo el apartado g): "promover la expansión regular y la modernización de la producción, así como la mejora de la calidad, en condiciones que descarten cualquier protección contra las industrias concurrentes que no esté justificada por una acción ilícita de parte de estas industrias o en su favor".

En consonancia a las obligaciones de la Comunidad, declaraba el texto (artíc. 4º) "incompatibles con el mercado común del acero", y, en consecuencia, prohibidos todos los actos empresariales y medidas gubernamentales susceptibles de restringir la competencia o de falsear la igualdad de posición competitiva entre cualesquiera productores del mismo país o de distintos países miembros, y comprometía a la Comunidad (artíc. 5º) a que garantizase "el establecimiento, mantenimiento y observancia de condiciones normales de competencia", así como a "tomar las medidas necesarias para asegurar el respeto de las reglas establecidas en el presente Tratado". El Capítulo VI ("Acuerdos y concentraciones") del Título III (Disposiciones Económicas y Sociales) explana la política comunitaria de competencia en dos artículos, los más largos precisamente del Tratado, el 65 y el 66, dedicados el primero a los pactos y convenios de empresas o asociaciones empresariales y a las "prácticas concertadas" dirigidas a impedir, restringir o falsear "el funcionamiento normal de la competencia", y el segundo, a las "concentraciones".

a) Concepto y regulación de las concentraciones en el Tratado de París.

Antes de exponer en detalle el régimen jurídico de la CECA, "draconiano con arreglo a los módulos euro-

peos" (259 ), señalemos que el artículo 66 se dictó como producto de una transacción que pretendía contentar no sólo a franceses y alemanes sino a los norteamericanos, principal potencia ocupante de la Alemania Occidental. Como uno de los rasgos fundamentales de la Alta Comisaría norteamericana había sido precisamente la desconcentración de los gigantes siderúrgicos del Ruhr, especialmente KRUPP y VEREINIGTE STAHLWERKE, el Tratado tenía que contener una cláusula contra las integraciones, la "primera ley anti-trust de Europa" (JEAN MONNET dixit). De ahí la prohibición absoluta, como veremos, de toda fusión susceptible de abocar a un poder sustancial de mercado (dando así satisfacción a los americanos y a los franceses, si bien por razones distintas) y la insistencia sobre igualdad de trato para todos (con lo que se contentaba a los alemanes).

Se declara, pues, sometida a previa autorización de la Alta Autoridad (párr. 1º), que era el Ejecutivo de la Comunidad, a reserva de que se den circunstancias especiales, (las del párr. 3º, que indicaremos), "toda operación que, debida a una persona o empresa o a un grupo de personas o empresas, surta el efecto directo o indirecto, en el interior de los territorios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 79 (es decir, los de Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, más el Sarre, que posteriormente se reincorporó a Alemania) de una concentración de empresas entre las que una, por lo menos, caiga en el ámbito de aplicación del artículo 80, tanto si la operación toca el mismo producto como si incide en productos distintos, ora consista en fusión, ora en adquisición de acciones o activos, en préstamo, contrato o cualquier otro medio de control". Por su parte, el artículo 80 especifica que "son empresas, en el sentido del -

---

(259) Cfr. D. SWANN y D. MCLACHLAN, Concentration or Competition: a European dilemma?, págs. 44-45, Chatham House, Londres, 1967 colección PEP.



presente Tratado, aquellas que ejercen actividad productora en el campo del carbón y del acero dentro de los territorios previstos en el apartado 1º del art. 79, y además en lo que afecta a los artículos 65 y 66, así como a la información requerida para su aplicación y a los recursos basados en ellas, las empresas u organismos que ejerzan habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores domésticos o a los artesanos".

La Primera novedad que se impone a la atención del lector es de orden conceptual, a saber, distinción neta entre acuerdo empresarial y concentración stricto sensu, como ya indicamos en el Capítulo Primero. Otra nota interesante es que el Tratado menciona el préstamo y el "contrato" en general entre las posibles vías o medios de concentración".

El Tratado ha cuidado de especificar (párr.2) los criterios de autorización: La Alta Autoridad la concederá.... "sin considera que la operación proyectada no otorgará a las personas o empresas interesadas, en relación con el producto o los productos en cuestión sometidos a jurisdicción de aquélla, el poder

- de fijar los precios, controlar o restringir la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva, en una parte importante del mercado de esos productos;
- de sustraerse, especialmente por medio de una posición de privilegio artificial que lleve aparejada una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados de salida, a las reglas de competencia resultantes de la aplicación del presente Tratado".

En definitiva, el Tratado ha tomado como punto de referencia el concepto de "posición dominante", aunque no aplique la expresión. Se observará, además, que no hay men-

ción alguna del monopolio como supuesto de negativa del permiso, y que el texto se ha limitado a enumerar los ejemplos más caracterizados de situaciones y prácticas incompatibles con la libertad real de la competencia. Económicamente es la solución más acertada, ya que lo de menos es si hay o no monopolio en sentido literal, o sea, oferente único; lo que en puridad importa es si la empresa resultante de la concentración tendrá poderío suficiente para determinar de modo unilateral la política del sector o una cualquiera de las coordenadas del mercado, como los precios o el volumen de producción o la cantidad del artículo que se distribuya.

Ahora bien, ¿cómo saber o, por lo menos, cómo suponer, que una empresa gozará probablemente de poder bastante para determinar la política del mercado? ¿A qué indicios recurrir? El Tratado no lo dice, pero sí ha especificado un dato al que universalmente se reconoce valor de elemento imprescindible de juicio, aunque no suficiente por sí solo: la magnitud de las empresas interesadas. Efectivamente, según el párrafo que sigue: "en esta apreciación, y conforme al principio de no-discriminación enunciado en el artículo cuarto, apartado b) (vide supra, nota 1), tendrá en cuenta la Alta Autoridad la importancia de las empresas de la misma naturaleza existentes en la Comunidad, en la medida que estime justificada para evitar o corregir las desventajas resultantes de una desigualdad en las condiciones de competencia", y tras otro punto y aparte se faculta a la Alta Autoridad para supeditar la autorización "a todas las condiciones que juzgue adecuadas a los efectos del presente artículos".

El Tratado somete asimismo a licencia del Ejecutivo de la CECA las operaciones relativas a empresas de las que una escape a la aplicación del artículo 80, es decir, que no sea productora o distribuidora al por mayor en el territorio de las Partes Contratantes, disposición lógica, ya que no

por ser una de las firmas protagonistas ajena a la órbita de la Comunidad, deja su intervención de repercutir en la estructura del mercado. En todo caso, antes de dar su aprobación la Alta Autoridad deberá escuchar "las observaciones del gobierno no interesado".

El párrafo 3 compromete al Ejecutivo a declarar exentas del régimen de autorización previa "las categorías de operaciones de las que piense que, por la cuantía de los activos o empresas a que afecten, y teniendo en cuenta la naturaleza de la concentración que efectúen, deben considerarse conformes a las condiciones requeridas por el párrafo 2". Esa declaración tiene que hacerse de modo general y no individual y por reglamento, que se adoptará previo dictamen favorable del Consejo de Ministros y que fijará las condiciones a que esté sometida la exención.

El Tratado considera (párr. 5) la posibilidad de que se efectúe una concentración sin permiso del Ejecutivo pero sin que la empresa resultante incurra en los supuestos del párrafo 2, caso en el que la aprobación quedará supeditada a que las personas que hayan adquirido o reagrupado los derechos o los activos en cuestión, satisfagan la multa especificada en cada por el apartado segundo del párrafo 6 del propio artículo, en cuantía no inferior a la mitad del máximo previsto por dicho apartado para las situaciones en que debió solicitarse la autorización. A falta de este pago, el Ejecutivo aplicará las medidas previstas para las concentraciones reputadas ilegales. ¿Cuáles pueden ser? Las especifica inmediatamente el texto: "Si se realiza una concentración que la Alta Autoridad considere que no puede satisfacer las condiciones generales o especiales a que estaría sujeta una autorización como las que se otorgan en virtud del párrafo 2, testimoniará, por decisión motivada, el carácter ilegal de esa concentración y, después

de dar oportunidad a los interesados para presentar sus obser  
vaciones, ordenará la separación de las empresas o de los ac-  
tivos indebidamente concentrados o la cesión del control co-  
mún, así como cualquier otra acción que juzgue apropiada pa-  
ra restablecer el funcionamiento independiente de las empre-  
sas o activos en cuestión y restaurar las condiciones norma-  
les de competencia". Contra esta medida cabe recurso, con -  
efectos suspensivos, ante el Tribunal de la Comunidad, el --  
cual será competente para apreciar si la operación realizada  
tiene carácter de concentración en el sentido del párrafo 1  
del propio artículo 66 y de las reglamentaciones que even-  
tualmente se hayan dictado en aplicación de él. El recurso -  
no podrá formularse mientras no se ordenen las medidas de re-  
ferencia, a menos que el Ejecutivo conceda derecho a un re-  
curso separado contra la decisión que declare ilegal la ope-  
ración.

F<sup>u</sup>éltase al Ejecutivo en cualquier momento, a re-  
serva del eventual recurso a medidas **provisoriales** (párrafo  
3 del artíc. 39), para adoptar o hacer que se adopten las -  
providencias necesarias a la salvaguardia de los intereses -  
de las empresas competidoras y de los terceros y para preve-  
nir toda acción susceptible de obstaculizar la ejecución de  
estas decisiones. Salvo decisión contraria del Tribunal, el  
recurso no suspenderá la aplicación de las disposiciones cau-  
telares. Se concederá a los interesados un plazo para ejecu-  
tar lo que se les ordene, transcurrido el cual se les podrá  
imponer sanciones diarias que no excedan del 1 por 1.000 del  
valor de los derechos o activos en cuestión. Ahora bien ¿qué  
sucede si los interesados no cumplen sus obligaciones? Tam-  
bién se ha previsto la hipótesis: el Ejecutivo adoptará "di-  
rectamente" las pertinentes medidas de ejecución y, potesta-  
tivamente, suspenderá en las empresas sujetas a su jurisdic-  
ción el ejercicio de los derechos inherentes a los activos

ilegalmente adquiridos, provocará el nombramiento judicial de un administrador depositario de estos activos, organizará la venta forzosa de los últimos en condiciones que garanticen los intereses legítimos de sus propietarios y anulará con relación a las personas físicas o morales ilícitamente adquirentes, los derechos o activos de referencia y los actos, decisiones, resoluciones o deliberaciones de los órganos directivos y de las empresas sujetas a control como consecuencia del acto. Igualmente está facultado el Ejecutivo para dirigir a los Estados miembros las recomendaciones condicionadas a obtener, dentro del marco de la legislación respectiva, la ejecución de estas medidas.

El Tratado ha instituido, como dijimos, un sistema detallado de sanciones pecuniarias (párr. 6). Se habilita al Ejecutivo para imponer multa hasta el tres por ciento del valor de los activos adquiridos o reagrupados o que se pretenda adquirir o fusionar, a las personas físicas o morales refractarias al deber de informe a que se refiere el párrafo 4; con multa no superior al diez por ciento de lo que valgan los activos adquiridos o refundidos, a las personas físicas o morales incumplidoras de las obligaciones del párrafo 1, es decir, a las que hayan realizado una concentración importante sin autorización del Ejecutivo; con multa igualmente hasta el diez por ciento del valor de lo reagrupado o de lo que se proyecte refundir, a las personas físicas o morales que hayan conseguido o intentado conseguir esa autorización por medio de informes falsos o deformados; y con multa del quince por ciento de lo adquirido o amalgamado, a las empresas que hayan participado en operaciones contrarias a los preceptos del artículo o que se hayan avenido a ellas; sanciones todas recurribles ante el Tribunal.

Finalmente, el artículo dispone (párr. 7) un severo control sobre las empresas que disfruten de "posición

dominante del mercado" y la utilicen de modo contrario a los objetivos del Tratado, control que va desde la simple recomendación hasta la fijación de precios y condiciones de venta o el establecimiento de programas obligatorios de fabricación o entrega.

En resumen, las notas del régimen son:

- a) carácter netamente preventivo: toda concentración se supe<sup>u</sup>edita a previa autorización del Ejecutivo;
- b) flexibilidad, ya que se ha previsto la posibilidad de exceptuar por vía reglamentaria y a título general, para evitar discriminaciones y favoritismos, determinadas categorías de operaciones que por la poca envergadura de sus protagonistas no parezcan susceptibles de falsear o restringir la competencia ni de crear situaciones de dominio en el mercado;
- c) posibilidad de licencia condicional, pues al Ejecutivo le cabe autorizar una operación a reserva de que las empresas interesadas cumplan las prácticas y actos que juzgue oportuno imponerles para salvaguardar la libertad de competencia y la igualdad de oportunidades entre las empresas;
- d) posibilidad, incluso, de control a posteriori, en cuanto que el Ejecutivo está facultado para disolver toda concentración efectuada sin su permiso y que no corresponda a los fines del Tratado;
- e) legitimación del Ejecutivo para adoptar medidas procesales de carácter interdictal;
- f) facultad sancionadora del Ejecutivo, con autonomía de los Estados miembros;
- g) facultad de control comercial e industrial de las empresas con posición dominante, aunque no de disolución de las mismas si la situación de predominio se ha logrado por medios distintos de la fusión.

En suma, el sistema es análogo al del Japón en cuanto al control preventivo, con diferencias de matiz: el -

Tratado de París no contiene, por ejemplo, prohibición alguna de categorías determinadas de operaciones, mientras la ley japonesa proscribía la holding; el Tratado no veta la simple participación que no lleve aparejado el control de la participada, y ni siquiera exige notificación al Ejecutivo, mientras que en el ordenamiento nipón las compañías no financieras con activos de más de cien millones de yens deben notificar al final del ejercicio a la Comisión de Comercio Lícito toda participación que posean en el capital de otra entidad; igualmente parecen más fuertes, sobre todo en cuanto a sanciones pecuniarias, las facultades del Ejecutivo supranacional que las de la Comisión.

b) El desarrollo del Tratado por los Reglamentos ejecutivos.

En cumplimiento de lo preceptuado, la Alta Autoridad procedió a especificar por ordenanza algunos de los conceptos genéricos enunciados, pero no definidos, en el Tratado. Así, por decisión 24/1954 (6 de mayo) aprobó el reglamento de aplicación del párrafo 1 del citado artículo 66 - acerca de "los elementos que constituyen el control de una empresa". La Ordenanza es breve. Consta de tres artículos, - de los cuales únicamente el primero tiene valor conceptual, y la enumeración abarca los siguientes "derechos o contratos" susceptibles de "conferir solos o en conjunto y habida cuenta de las circunstancias de hecho o de derecho, la posibilidad de determinar la acción de una empresa en los campos de la producción, los precios, las inversiones, los abastecimientos, las ventas o el destino de los beneficios":

- 1) Derecho de propiedad o de disfrute (jouissance) sobre todos los bienes de una empresa o parte de ellos;
- 2) Derechos o contratos que "conferían influencia en la composición, las deliberaciones o los acuerdos de los órganos de una empresa";
- 3) Derechos o contratos que permitan a una persona, sola o -

con otras, gestionar los negocios de una empresa;

4) Contratos relativos a la contabilización o al destino de los beneficios de una empresa;

5) Contratos relativos a la totalidad o a parte significativa de los abastecimientos o salidas de una empresa, cuando esos contratos sobrepasen en cantidad o en duración el alcance usual de los contratos mercantiles en la materia.

El artículo segundo cuida de especificar "que no se da control de una empresa en el sentido del artículo precedente cuando bancos o establecimientos financieros, con motivo de la creación de una empresa o de una ampliación de su capital, adquieran participaciones en esta empresa, con vistas a venderlas en el mercado, con tal que no ejerzan los derechos de voto aparejados a esas participaciones".

A la vista de la extensa enunciación que hace el artículo primero, nos ratificamos en que la definición de control y, como consecuencia, de concentración perfilada por la CECA es la más amplia que conocen los ordenamientos vigentes, ya que engloba no sólo las hipótesis de control "estructural" es decir, de participación accionaria dominante o de conexión directorial, o de arrendamiento de activos físicos, sino también los supuestos de control "contractual", como puede ser el contrato de suministro exclusivo o preferente, o las cuentas en participación. No es que estos supuestos no estén expresamente previstos y restringidos por la legislación de otras naciones, pues ya hemos visto cómo la Ley Clayton en los Estados Unidos y la Ley de Investigación de Colusiones en Canadá (y, en menor medida, la Ley japonesa) contienen disposiciones especiales sobre el particular, pero no es menos cierto que tratan estas figuras en preceptos separados, en artículos distintos, de los que se refieren a las amalgamas. La noción delineada por el Tratado y la regla-



mentación de la CECA es, pues, la más vasta y, desde luego, más heterogénea y, sin embargo, rigurosa, ya que, en definitiva, retiene la nota decisiva, el rasgo fundamental: control efectivo de una empresa como poder de fijar su política comercial e industrial. Todo lo que suponga asunción de ese poder por otra firma, de tal forma que se unifique la política de dominante y dominada, o que la política de la firma intervenida pierda su independencia al servicio de la interventora, constituye una concentración, sea cual fuere el medio jurídico de conquista de ese poder.

Otra regulación ha sido el acuerdo nº 25/1954 de 6 de mayo, por el que se aprobó el reglamento relativo a la dispensa de ciertas categorías de concentraciones del régimen de autorización previa. El criterio seguido ha sido el del párrafo 3 del artículo 66, o sea, la escasa probabilidad de que ciertas operaciones repercutan en la estructura del mercado y en el grado de tensión competitiva, por la modestia de los activos en juego y de las empresas protagonistas. Así, el artíc. 1º ha exceptuado las concentraciones en que: primero, el conjunto de las empresas afectadas no produzcan un volumen anual de 7 millones de unidades en el sector del carbón o del acero, según la ponderación matemática que establece el artículo 2º(260); segundo, el conjunto de las firmas afectadas no produzcan más de los tonelajes siguientes:

a) Coque.....	1.200.000 toneladas
b) Aglomerados de hulla.....	350.000 " "
c) Mineral de hierro (extraído).....	4.000.000 " "
d) Fundición.....	1.200.000 " "

(260) Artíc. 2º: "El volumen anual global de las producciones a que se refiere el artíc. 1º, párr. 1, se obtendrá sumando los tonelajes conseguidos en los renglones de productos o estadíos de producción siguientes y multiplicados por los coeficientes respectivos: - hulla, ...1; aglomerados de hulla, el 0,3; coque, el 0,2; lignito, el 0,3; el mineral de hierro extraído, el 0,3; fundición, el 1,5; lingotes o semi-productos de acero (acero Thomas), el 1; lingotes o semiproductos de acero (que no sean Thomas), el 2,5; productos planos, el 2; otros laminados, el 1".

e) Lingotes o semiproductos de acero..... 1.200.000 tonel  
f) Laminados (de los cuales sólo medio  
millón de toneladas de productos planos).... 900.000 tonel.  
g) Aceros especiales (de los cuales sólo  
40.000 toneladas de productos especiales  
que no sean aceros de construcción mecánica). 100.000 " "

y tercero, cada tipo de productos siderúrgicos fabricados por las empresas afectadas siga figurando, después de la concentración, en el programa de fabricación de por lo menos nueve otras empresas de la Comunidad y el volumen de producción de las concentradas no exceda el treinta por ciento del volumen total producido en el interior de la Comunidad.

En materia de carbón, quedan exentas de, previa autorización (artíc.3º) las amalgamas que afecten, por una parte, a una empresa carbonera, y por otra, a una firma que no se dedique al carbón ni al acero, ni a la banca ni a la distribución de carbón (con excepción de la venta al por menor) ni al transporte fluvial o almacenamiento portuario, con tal que el consumo anual de carbón o del volumen equivalente de gas afectado por la operación no exceda de 250.000 toneladas, haciéndose la conversión sobre la base de un volumen de gas que libere seis millones de calorías como equivalencia de una tonelada de carbón(261). Si se tiene en cuenta que la producción anual de cualquiera de los miembros de la CECA, salvo Italia se cuenta por decenas de millones de toneladas, no es alarde de liberalismo el techo fijado por la Ordenanza para las concentraciones mixtas. En otras palabras, el Ejecutivo de la CECA ha dictado en punto a exenciones una reglamentación rigurosa, con criterio, no ya restrictivo, sino excepcional.

Tampoco se distingue por su amplitud la dis-

---

(261) Sin embargo, el inciso final del artículo excluye del cómputo del consumo global todas las empresas que consuman cada una menos de quince mil toneladas de carbón al año en forma de carbón o de su equivalencia en gas.

pensa establecida (artíc. 4º) para las concentraciones entre empresas siderúrgicas, por un parte, y por otra, empresas - cuya actividad no consista en producir carbón o acero, ni en operaciones de banca, crédito o financiación, ni en distribución de acero, salvo las ventas a los artesanos. Sólo estarán exentas estas operaciones si se cumple una de estas condiciones: primera, que la producción de las siderúrgicas participantes no sobrepase el diez por ciento de los tonelajes que se especifican en el párrafo 2 del artículo 1º, para los - grupos d) y g); segunda: que el consumo anual de acero por - las empresas afectadas no sobrepase veinte mil toneladas por empresa de los productos encuadrados en cada uno de los grupos d) a g) o cien mil toneladas por el conjunto de las firmas en cada una de esas categorías de artículos, ni el cuarenta por ciento de la producción de cada una de las siderurgias implicadas por cada renglón al que se haya asignado un precio-base en los catálogos y baremos respectivos.

Asimismo gozan de exención (artíc. 5º) las - concentraciones relativas a empresas distribuidores de acero o de carbón, siempre que la suma de ventas anuales no exceda diez millones de unidades de dólares-cuenta. Ahora bien, el privilegio no se otorga a las concentraciones que afecten - también a empresas cuyas actividades se extiendan a la producción de carbón o a operaciones de banca, crédito o financiación, a transportes fluviales o instalaciones portuarias fluviales, o a cualquier otro ramo de industria, si la quema anual de carbón o de la equivalencia en gas consumido por el conjunto de estas firmas, en el caso del carbón, excede de setenta y cinco mil toneladas o si, tratándose de acero, el consumo anual de cada entidad excede las quince mil toneladas en cada uno de los tipos de artículos a que se refieren los apartados d) y g) antes citados.

Cuarenta y ocho horas más tarde de la Ordenanza expuesta se dictaba la núm. 26/1954, de 6 de mayo, por la que se regulaba el deber de información a la Alta Autoridad indicado en el párrafo 4 del artículo 66 del Tratado. El Preámbulo considera, por una parte, que la información sólo es exigible con carácter general, en relación a operaciones de envergadura tanto en valor absoluto como por la identidad de las empresas protagonistas y, por otra, que la aplicación del artículo 66 postula la posibilidad de recabar datos en otros casos, aunque las firmas no sean de dimensión notable, a reserva de que esta facultad se defina por una norma general, en prevención de abusos. En consecuencia, quedan sometidas (artíc. 1º) al deber de información todas las personas físicas o morales que no sean productoras o distribuidoras de carbón o de acero en el interior de la Comunidad, con excepción de la venta a los consumidores domésticos o a los artesanos, cuando efectúen las operaciones siguientes:

- adquisición de derechos en una empresa que produzca o distribuya carbón o acero en el interior del territorio comunitario, así como del poder de ejercitar, en su nombre propio o en el de terceros, derechos en dicha empresa, siempre que hayan conseguido la posibilidad de ejercer el diez por ciento o más de los derechos de voto, y que el valor total de sus derechos sobrepase las cien mil unidades de cuenta;
- adquisición de derechos en una empresa que, a su vez, ejerza el control de una firma cualquiera sometida al artíc. 80 del Tratado, es decir, de una productora o distribuidora de carbón o de acero, salvo que venda a consumidores domésticos o artesanos.

La declaración debe hacerse en el plazo de las cuatro semanas siguientes a la fecha en que la persona obligada tenga conocimiento de la operación de referencia.

Por fin, según el artíc. 7º, párr. 1, está fa-

cultado el Ejecutivo para obtener, previo requerimiento especial, de las personas designadas en el artículo 1º toda clase de datos necesarios para la aplicación del artículo 66 del Tratado en relación con:

- a) La adquisición de derechos de propiedad o disfrute sobre inmuebles, instalaciones industriales o concesiones - de una empresa, si antes de la adquisición esos inmuebles, instalaciones o concesiones han servido como elemento de explotación;
- b) La adquisición por una empresa de derechos que confieran el poder de participar en las votaciones de accionistas o socios de la firma en cuestión;
- c) La Adquisición de derechos que permitan hacer valer en nombre propio o en el de terceros los derechos a que se refiere el párrafo 2 del propio artículo 7º, pertenecientes a terceros;
- d) La adquisición del poder de decidir, en virtud de un contrato, la contabilización o el destino de los beneficios de una empresa;
- e) La adquisición del poder de participar, solo o junto a otros como propietario, usufructuario, gerente o miembro de los órganos directivos, en la gestión de una empresa;
- f) El nombramiento como miembro del Consejo de Administración de una empresa.

c) La jurisprudencia de la CECA en materia de amalgamas.

Hasta ahora, la Alta Autoridad y, tras su desaparición como entidad separada en 1967, la Comisión de las Comunidades Europeas (que es la Comisión del Mercado Común ampliada a la CECA y al Euratom), han examinado numerosos proyectos de concentración, de los que unos ciento sesenta han sido aprobados y prohibidos una decena, y comoquiera que algunas decisiones han sido materia de recurso judicial, cabe hablar de un comienzo de doctrina forense, especialmen-

te en lo que concierne a los criterios especificados por el artículo 66 para denegar el permiso (262). Ahora bien, señalemos que las autorizaciones concedidas fueron a reserva del cumplimiento de ciertas circunstancias o del respeto de algunas prohibiciones, por ejemplo, la de toda participación recíproca en los Consejos de Administración de las firmas interesadas. En líneas generales, la Comisión autoriza las operaciones correspondientes a una necesidad de racionalización en el ámbito de la producción, de las ventas y de las compras, incluso si las amalgamas acentúan el signo oligopolístico del mercado. La Comisión vela, o declara al menos velar, por la subsistencia de un grado suficiente de competencia, manteniendo un número bastante alto de empresas de la misma dimensión, con el fin de que el oligopolio funcione satisfactoriamente. He aquí por orden cronológico, las decisiones más significativas, a nuestro juicio, del acervo judicial, formado desde que, con fecha 23 de julio de 1952, entró en vigor el Tratado de París.

Abre una serie jurídicamente determinante la de 27 de septiembre de 1961, a propósito del caso August-Thyssen - Hütte Handelsunion. August Thyssen, una de las siderúrgicas de más solera de Alemania, se proponía transformar en mayoritaria la participación que poseía en Handelsunion, importante holding en la distribución de acero, y obtener así el control. La Alta Autoridad autorizó la asunción del control después de imponer a entrambas empresas determinadas medidas destinadas a excluir toda influencia suscepti-

---

(262) Desgraciadamente no abundan las fuentes de información. Como las decisiones del Ejecutivo referentes al artíc. 66 no tienen necesariamente que publicarse en el B.O. de las Comunidades Europeas, no hay más remedio que consultar los informes anuales de la CECA (hoy de las Comunidades Europeas) al Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE o sus comunicados a las revistas de prensa de las mismas Comunidades.

tible de limitar la competencia, concretamente el influjo que Thyssen estaba en situación de ejercer a través de la holding sobre toros dos productores de acero que colocaban, a través de ella una parte no despreciable de su producción. Las medidas se resolvieron en una organización de venta especial para las dos firmas y en convenios que aseguraban el traspaso progresivo de sus ventas a dicha organización. Además, el Ejecutivo subordinó el permiso a que Thyssen cediese una participación minoritaria a una de las dos compañías, de tal forma que si la operación tuvo por resultado una concentración August Thyssen y Handelsunion, ha surtido igualmente el efecto de una desconcentración de los vínculos existentes entre los dos, por un lado, y los demás productores de acero, por otro.

Notoria fue también la decisión de 25 de abril de 1962, a propósito de la fundación de una filial común en Bélgica, con el nombre de Sidérurgie Maritime, abreviadamente SIDMAR, por diversas empresas belgas, luxemburguesas y francesas. Concretamente, las firmas belgas S.A. Cockerill-Ougrée, primerísima siderúrgica nacional, S.A. Forges de la Providence (263), la Société Générale de Belgique, la Compagnie Financière et Industrielle (COFININDUS) y la Compagnie belge de Participations Paribas (COBEPA), la luxemburguesa S.A. Aciéries Réunies de Burbach-Eich-Dudelange, más conocida por ARBED, y las francesas Schneider et Cie, Société métallurgique de Knutange y Société minière de Droitaumont-Bruville, constituyeron una filial a fin de fabricar productos planos, especialmente ondulados finos de alta calidad, justificando su iniciativa por lo elevado del coste del utillaje necesario para producir este tipo de artículo, así como por la virtual imposibilidad de producir rentablemente con instalaciones pequeñas. La Alta Autoridad consideró, en (263) que posteriormente ha fusionado con Cockerill-Ougrée, formando un grupo que supone un 40% de la producción anual belga y ocupa el sexto lugar de la CECA.

primer lugar, que la nueva empresa estaría concentrada con cada uno de los grupos fundadores (cuatro: el francés, el luxemburgués y los dos belgas, de un lado Cockerill-Providence y de otro las tres holding citadas), pero sin que resultara con centración entre éstos, y, en segundo lugar, que a pesar de las restricciones de la competencia que el control en común implicaría para los participantes en sus recíprocas relaciones en materia de productos planos, las cuatro firmas no tendrían poder para obstaculizar, habida cuenta de lo que su producción suponía frente al total de la Comunidad, el mantenimiento de una competencia eficaz. En consecuencia, el Ejecutivo otorgó un permiso estrictamente condicionado a que la nueva empresa se limitara a la producción de bandas anchas y otros productos planos.

El criterio restrictivo de la Alta Autoridad en cuanto al tope de los productos que podría fabricar la filial común ha sido inspirado por consideraciones diversas. En primer lugar, ya había notado el Ejecutivo que un control de grupo puede abocar a una concentración en cada una de las empresas que gozan del control en la empresa controlada, pero que no se sigue automáticamente el aglutinamiento de las empresas mismas titulares del dominio, pues si es cierto que pueden determinar conjuntamente la actividad de la filial común, no por eso están en situación de dominarse recíprocamente, a menos que ya existan relaciones de dominio por otro concepto. Sin embargo, la Alta Autoridad ha retenido también que si las firmas titulares del control fabrican, bien el mismo artículo que la filial común, bien productos similares, el dominio del grupo llevará automáticamente aparejada cierta reducción de la rivalidad entre ellas, por ejemplo a la hora de fijar los precios de los productos de la filial (efecto llamado de grupo). Naturalmente, estos principios no son sólo aplicables a la adquisición del dominio co-



lectivo sobre una empresa, sino que tienen validez también - para las filiales conjuntas y los grupos constituidos por socios con diverso número y volumen de acciones. Precisamente este problema sensibilizaba la decisión en el caso SIDMAR, planteando la eventualidad de que la sociedad ampliase la gama de sus fabricados, extendiéndola a renglones idénticos o muy similares a los que producen sus fundadores. ¿Cómo determinar en este caso el "efecto de grupo"? El Ejecutivo resolvió la dificultad limitando la autorización al programa que realmente constituía el objeto de SIDMAR, y concediendo a las empresas peticionarias, dentro de ese programa, absoluta libertad para organizar sus actividades ulteriores, lo cual significa que, si en un momento dado, los partícipes de SIDMAR acuerdan ampliar "el programa de producción", deberán solicitar licencia especial.

Significativo es también el acuerdo de 12 de diciembre de 1962, por el que se autorizó a la FIAT, de Turín, la compra del cincuenta por ciento de las acciones de BREDA SIDERURGICA, S.p.A., de Milán, de manos de su propietario y accionista único, la holding estatal Società Finanziaria Siderurgica, de Roma (abreviadamente, FINSIDER). En consecuencia, lo que la Alta Autoridad autorizó fue el establecimiento de un "control de grupo", es decir, de un dominio solidario, sobre Breda. La razón de que se otorgara la licencia, a pesar del alto grado de integración de la siderurgia italiana, fue que FIAT consumía en sus propias fábricas automovilísticas - el acero ordinario y los aceros especiales que ella misma fabricaba y que sólo vendía pequeños tonelajes, mientras - que Breda no producía aceros ordinarios y vendía parte de los especiales a la propia Fiat, de tal suerte que, en definitiva, la operación no gravitaba en el mercado y no implicaba que las firmas protagonistas influyeran en la determinación

de los precios. Tampoco había temer, en principio, que se diera "efecto de grupo" entre Fiat y Finsider, por la marcada disparidad de sus intereses: Fiat pensaba en el autoconsumo, Finsider en la venta a terceros. Ahora bien, el Ejecutivo no dejó de apreciar la posibilidad de un efecto de grupo en la hipótesis de que se modificaran las características de la producción de Breda (fabricación insignificante de acero ordinario) o de la estructura de Fiat (consumo de productos siderúrgicos por autotransformación) y por eso puntualizó que la autorización dejaría de ser válida si se produjesen cambios de esa índole, fijando una pluralidad de baremos que permitirían reconocer el momento en que se consumara una verdadera inflexión estructural, con la consecuencia automática de que, si se dieran los signos o síntomas indicados por la Alta Autoridad, Fiat tendría que modificar su control para continuar disfrutándolo. A la vista de esta decisión, Fiat comunicó a la Alta Autoridad que renunciaba al proyecto, porque estimaba que no podía aceptar una de las condiciones impuestas a la operación.

Una de las decisiones más operantes ha sido indiscutiblemente la que, con fecha 16 de julio de 1963, autorizó a la mencionada August Thyssen-Hütte la compra de la mayoría de las acciones de Phoenix-Rheinrohr, operación que suponía concentrar dos firmas que juntas producían 7 millones anuales de toneladas de acero, es decir, el 21% de la producción alemana en 1961. Sin embargo, la magnitud real del caso no excedía de los límites de autorización impuestos por el Tratado, pues en unos artículos entrabas ambas firmas eran complementarias y no rigurosamente competidoras, y en otros donde sí coincidían, su participación conjunta en el mercado fluctuaba del 7,3% al 12,5%, porcentaje muy parecido, por lo demás, al de los otros productores principales de la República Federal, de tal modo que el equilibrio de

fuerzas subsistía tal cual. Ahora bien, la Alta Autoridad no podía sustraerse, como el caso Fiat/Breda, a un mínimo de especulación sobre las interrogantes que el ayuntamiento de dos gigantes inscribía en la perspectiva futura del mercado europeo, tanto más cuanto que el grupo se perfilaba como el mayor productor en potencia de la Comunidad o uno de los dos mayores y que la gran diversidad de sus series de producción le dotaba de gran resistencia. El Ejecutivo impuso, por ende, dos condiciones:

- que antes del 31 de diciembre de 1963 se fijaran límites concretos de duración y de cantidad de suministro a un importante contrato de abastecimiento a largo plazo vigente a la sazón entre una empresa del nuevo grupo y otra de un grupo distinto. Thyssen recurrió contra esta condición al Tribunal de Justicia, pero retiró el recurso antes de finalizar el año 1963;
- quedaba prohibida toda clase de lazos personales entre los órganos administrativos y directivos de las empresas del grupo Thyssen-Phoenix y de empresas ajenas que ejerciesen actividad de producción o distribución de acero.

El 22 de junio de 1964 volvió la Alta Autoridad a pronunciarse en materia de una filial común en Bélgica, consintiendo la integración de las instalaciones fabriles de la Société Métallurgique de Knutange (SMK) y de la Unión de los Consumidores de Productos Metalúrgicos e Industriales (UCPMI), mediante aportación de estas plantas a una nueva empresa fundada y controlada en común, con el nombre de Société Mosellane de Sidérurgie (SOMOSID). El objetivo consistía en emprender la fabricación de productos planos y aceros finos, artículos en que la producción de las firmas fundadores era virtualmente insignificante. El Ejecutivo consideró que los eventuales efectos de la transformación de SMK y UCPMI en sociedades holding, dotadas del control paritario de la entidad crea-

da, no serían de tal naturaleza que confiriesen a los protagonistas el poder de coartar la competencia en parte significativa del mercado, por lo que se refería a los artículos que los peticionarios fabricaban, es decir, abstracción hecha de los productos planos. Sin embargo, la Alta Autoridad consideró igualmente las concentraciones de tipo indirecto y los vínculos financieros que se crearían por la presencia de otras entidades siderúrgicas importantes en las dos holdings SMK y UCPMI. Efectivamente, la gran firma francesa - Schneider et Cie, que controlaba la SMK y tenía, por ende, lazos indirectos con la SOMOSID, dominaba, además, mediatamente e inmediatamente fábricas que en parte elaboraban los mismos productos que ésta. A mayor abundamiento, entre los demás accionistas de la SMK figuraban la empresa Denain-Anzin y las mayores firmas de grupo de Wendel, francesas una y - otras, con programas de manufactura parcialmente concomitantes al de SOMOSID. Entre ellos sobresalían la nacionalizada empresa automovilística Renault y la Fabrique de Fer de Maubeuge, más o menos vinculadas a empresas siderúrgicas, - así como la fabricante de tubos Vallourec, cuyo primer accionista era, por cierto, la citada Denain-Anzin. Si se daba la posibilidad de una cooperación sostenida entre los grupos - Schneider, Denain-Anzin y de Wendel, en el marco de la reunión nacida Somosid, los efectos eran susceptibles de perturbar el clima competitivo. En consecuencia, se supeditó el permiso a que ningún mandatario de empresas definidas por el artículo 80 del Tratado, o sea siderúrgicas y carboneras, o de firmas directa o indirectamente concentradas con ellas, a excepción de Schneider, Renault, Fabrique de Fer de Maubeuge y Vallourec, podría formar parte de los órganos gestores y directivos de SOMOSID, y a reserva de que Vallourec, por su lado, no delegaría mandatarios que al mismo tiempo lo fuesen de Denain-Anzin o de otra firma integrada con ésta.

Merece mención la decisión de 28 de abril de 1965, por la que se autorizó a VEBA, gigantesca holding paraestatal alemana, para que adquiriera el 80% del capital de la siderurgia Stinnes AG, una de las más prestigiosas, junto a Krupp y Thyssen, de las dinastías del Ruhr(264). A pesar de que VEBA controlaba directamente las minas de hierro de Saarbergwerke AG, en el Sarre, y la siderúrgica Salzgitter AG, la cual a su vez dominaba algunas empresas productoras de carbón, y de que, por su parte, Stinnes AG controlaba las minas de hulla Steinkohlenbergwerke Mathias Stinnes AG y sus sociedades filiales para distribución de carbón, la Alta Autoridad dió su asentimiento, fundándose en que las empresas de referencia, que juntas suponían el 27,2% de la producción alemana de hulla, el 18,5% de coque y el 20% de hulla en losetas, se hallaban a pesar de su envergadura sometidas a la competencia de otras hulleras de la Comunidad y de países terceros y también de empresas vendedoras de fuentes de energía sustitutivas, por lo cual no podrían los interesados adquirir una situación incompatible al artículo 66.

El año 1966 calendó varias decisiones de relieve. El 2 de marzo, la Alta Autoridad asintió, con ciertas condiciones, a la concentración de las dos mayores siderúrgicas luxemburguesas, la citada ARBED y HADIR (Hauts-Fourneaux et Acidries de Differdange-St.Ingbert-Rumelange, SA), mediante la compra por ARBED del sesenta por ciento de las acciones de HADIR, que poseía hasta entonces el poderoso grupo francés Pont-à-Mousson/Marine. En relación al conjunto de la Comunidad la producción de acero bruto por ARBED -

---

(264) VEBA (Vereinigte Elektrizitäts-und Bergwuerke AG) reagrupa todas las participaciones del Estado Federal de Bonn y de los Länder en los sectores eléctricos y carboníferos.

era en 1965 del 4,5% y la de HADIR, el 1,7%. En cuanto a productos laminados (7% de la CECA), entrambas firmas eran complementarias, y sólo en ciertas calidades se registraba un incremento sensible de la capacidad del grupo respecto al total de la Comunidad, especialmente en perfiles de ala ancha, pero la integración no afectaba mayormente al grado de competencia porque los fabricantes principales en los demás países miembros tenían participación análoga en el mercado. Se concedió la licencia a reserva de que ARBED procurase que HADIR denunciara, antes del 31 de diciembre de 1968, los contratos de exclusiva concertados con el grupo belga formado por Davum, Davum-Exportation, Davum-Anvers y sus filiales distribuidoras en la Comunidad, y no concluyese con ellos contrato alguno de efecto similar. Además, antes del 31 de diciembre de 1968 HADIR cedería sus participaciones financieras en esas mismas empresas comercializadoras, de tal forma que quedara excluido todo vínculo directo o indirecto con ellas y con las integradas, amén de retirar a todos los representantes que tenía en los órganos administrativos de dichas entidades. Debería asimismo ceder su participación en la sociedad Aktiengesellschaft der Dillinger Hüttenwerke, importante siderurgia sarresa, y renunciar a su representación en el Consejo de Vigilancia de la entidad. Igualmente se comprometía Arbed a velar por que ningún representante del grupo Pont-à-Mousson formase parte de su Consejo de Administración, Comité de Gerencia o Colegio de Comisarios, ni de una empresa cualquiera integrada a ella, y los representantes de Pont-à-Mousson que a la sazón formaban parte de los órganos gestores de Hadir tendrían que abandonar sus funciones al cabo de cinco años.

La segunda gran decisión del año autorizó, con fecha 13 de julio, a la holandesa Koninklijke Nederlandse -

Hoogovens en Staalfabrieken, de IJmuiden, a transferir a la alemana Hoesch AG, de Dortmund, la participación accionaria con que dominaba a la Dortmund-Hörder Hüttenunion AG (DHHU) y recibir a cambio una participación minoritaria en el capital de Hoesch. Además se concertaba una división del trabajo, de tal modo que Hoogovens produciría principalmente acero bruto y semiproductos en sus instalaciones a orillas del Mar del Norte, en óptimas condiciones para recibir materia prima mientras que Hoesch desarrollaría el sector de transformación. Hoesch se comprometía a no ampliar su capacidad de producción de acero bruto y semiproductos y, a partir de 1970, cuando Hoogovens hubiese desarrollado la capacidad correspondiente, se dirigiría a esta firma como proveedora de acero. Por otra parte, entrambas firmas se obligaban a financiar en común, dentro de lo posible, sus futuras inversiones. Los acuerdos se concluían por período indefinido y no podrían ser denunciados antes del 31 de diciembre de 1980. Se trataba, indiscutiblemente, de la mayor concentración, junto al caso Arbed-Hadir, en los anales de la Comunidad, puesto que el conjunto de las tres empresas produciría unos 9 millones de toneladas anuales de acero, es decir, la décima parte del rendimiento de la Comunidad. La decisión contenía un permiso condicionado, en virtud del cual los miembros de los órganos administradores de las casas productoras o distribuidoras de acero afectadas por la operación no pertenecerían al mismo tiempo a órganos análogos de sociedades de la misma naturaleza no implicadas en el proyecto, salvo dispensa del Ejecutivo en casos especiales. Además, se obligaba a los participantes a denunciar los acuerdos de tipo comercial existentes entre, por una parte, DHHU y Siegerland AG, y por otra Handelsunion, de Düsseldorf. Con la constitución del grupo germano-holandés nacía la segunda concentración propiamente internacional de la Comunidad Europea, amalgama que encabezaba la fabrica-

El 20 de julio, la Alta Autoridad aprobaba las fusiones entre S.A. Lorraine-Escout y S.A. Usinor, así como entre sus respectivos accionistas principales, S.A. Aciéries de Longwy y S.A. Denain-Nord Est, otorgando así consagración comunitaria a un proyecto que el propio Gobierno francés había apadrinado, a saber, el reagrupamiento de la "siderurgia del Norte", cuyo centro de gravedad es Dunkerque, con las instalaciones de Lorena y de la cuenca del Escalda. Al absorber USINOR a Lorena-Escalda, se creaba un complejo con capacidad de 6,3 millones de toneladas al año, lo que suponía el tercio de la capacidad nacional y el 7% de la capacidad total de la Comunidad. Por su parte, Denain-Nord Est absorbería a las Aciéries de Longwy. Las dos entidades resultantes llevarían, respectivamente, el nombre de Union Sidérurgique du Nord et de l'Est de la France y de Denain-Nord Est-Longwy. Como en ocasiones similares, se concedió el permiso a condición de que los miembros de los órganos administradores de las empresas directa o indirectamente involucradas por la integración no pertenecieran a los órganos gestores de empresas de la misma naturaleza ajenas a la operación.

El mismo 20 de julio se autorizó la institución de un control común por la compañía August Thyssen-Hütte AG (ATH) y la sociedad Otto Wolff AG (abreviadamente OW) sobre la entidad Stahlwerke Bochum AG (SWB), operación concertada con la cláusula de que OW recibiría el derecho de venta exclusiva de laminados finos y de calidad producidos por SWB, la cual hasta entonces únicamente había estado controlada por OW. Este era el precio que OW ponía al reparto de su dominio con la poderosa Thyssen. La situación era compleja, en consideración a que Thyssen (ATH), firma fundamentalmente industrial, no comercial, controlaba entre otras la Handelsunion AG, empresa negociante, mientras que OW, típi-



esselstein AG, laminadora de bandas finas en frío. Precisamente por el dominio solidario de Rasselstein era ya restringida la competencia entre Thyssen y OW en punto a laminados en frío, es decir, se daba entre las dos un típico "efecto de grupo". Por eso estimó la Alta Autoridad que, a pesar de totalizar entrambas empresas el 12% de la producción de la CE-Ca en el renglón de referencia, el proyecto no modificaba la situación existente, tanto menos cuanto que OW, competidora de Handelsunion, seguiría con la venta exclusiva de los laminados finos en frío.

Con fecha 23 de noviembre de 1966, la Alta Autoridad dió su consentimiento a la fusión de la empresa belga S.A.Cockerill-Ougrée y de su compatriota Forges de la Providence, S.A., así como a la instauración del control conjunto de Cockerill-Ougrée-Providence por la Société Générale de Belgique y el grupo financiero Cofinindus-Brufina. Así, Providence y su filial S.A. Aciéries et Laminoirs de Beutor, controladas hasta entonces únicamente por la citada Société Générale, caían también bajo el control parcial de una holding muy diversificada.

La resolución más importante del año 1967 fue la de 19 de diciembre, que, en materia de concentración de empresas hulleras, aprobó la fundación conjunta por las cinco firmas principales de la región belga de Campine (Kempen en flamenco) y por el propio Estado belga, de la N.V.Kempense Steenkolenmijnen o Nouvelle Société des Mines de Charbon de Campine, sociedad a la que las participantes aportaban el conjunto de sus instalaciones y actividades. El permiso era indispensable, considerando los numerosos lazos entre esas compañías y otras empresas productoras de carbón y acero en el Mercado Común. La Comisión opinó que, a pesar de esos vínculos, la operación no podría acarrear directa ni indi-

rectamente efectos susceptibles de coartar el clima de competencia. En realidad, la refundición tenía por objeto el "repliegue ordenado" de la producción hullera, en plena decadencia por los avances del petróleo y del gas natural, sin perjuicio de garantizar al mismo tiempo un mínimo de abastecimiento de carbón.

En 1968, dos han sido los acuerdos más significativos, dictados por cierto el mismo día (19 de julio): el caso Thyssen-Oberhausen y el asunto De Wendel-Sidélor, que han consagrado sendas integraciones siderúrgicas en Alemania y Francia, respectivamente. Respecto a De Wendel y Sidélor, máximos representantes de la siderurgia lorenesa, la Comisión aprobó la fundación solidaria de la empresa De Wendel-Sidélor, en la que también participaba la citada SOMOSID, operación que suponía la reunión directa o indirecta de empresas cuyo rendimiento total de acero bruto era de más de 7 millones de toneladas anuales, o sea, aproximadamente el 11% de la producción comunitaria global en 1967. En realidad, se trataba de una iniciativa virtualmente impuesta por el Gobierno francés como condición para el disfrute de los generosos créditos "de acción concertada" ofrecidos a todas las empresas del ramo. A pesar de que las firmas protagonistas suponían nada menos que un tercio de la producción francesa, se otorgó la autorización sin dificultades, seguramente en consideración a la potencia de los grupos alemanes y belgas y del italiano FINSIDER. La segunda operación ha consistido en la absorción por Thyssen de su compatriota Hüttenwerke Oberhausen (HOAG), destinada a formar un complejo con una capacidad de producción de diez millones de toneladas de acero al año, ligeramente superior a la del grupo nombrado Hoesch-Hörder-Hoogovens y equivalente al 12% de la capacidad comunitaria completa.

Por otra parte; Thyssen es miembro de la central de ventas de laminados de la zona Oeste, mientras que Oberhausen es, o mejor dicho era, miembro de la central de ventas de la zona Norte. Advirtiéndolo estas circunstancias, la Comisión ha aprobado la admisión de Oberhausen, o más bien, de sus instalaciones, en la central Oeste, hecho tanto más significativo cuanto que el conjunto de las firmas siderúrgicas asociadas en esa Central rinde alrededor del veinte por ciento del acero bruto de la Comunidad y que, en principio, las autoridades de la CEECA no admitían que un grupo o empresa cualquiera perteneciera a más de una central. Por lo demás, la integración tiene el matiz de racionalización técnica que caracteriza las fusiones en el sector CEECA. Thyssen proyecta construir una acería ultra-moderna en Duisburgo, y por su parte, las instalaciones de Oberhausen se especializarán en la utilización de chatarra, y suministrarán asimismo el carbón que puedan extraer de sus minas propias. En ambas compañías se reparten la fabricación de laminados, y Thyssen se reservará la de tuberías.

No menos importancia que las dos resoluciones descritas ha tenido la de que, con fecha 31 de julio, ha autorizado una concentración de la que nuevamente era protagonista la primera siderúrgica belga, o sea, Cockerill-Ougrée-Providence, esta vez con las sociedades Seraing y S. A. Métallurgique d'Espérance-Longdoz, belgas también. Los participantes representan directa o indirectamente alrededor del 15% de la producción de acero bruto y de laminados finos de la Comunidad. La Comisión ha supeditado su aprobación al requisito de que el acuerdo de ventas en común de laminados y chapas en frío concertado entre Cockerill-Ougrée-Providence, la francesa Aciéries de Beutor, la luxemburguesa Arbed y la belga Sidmar en 1967 finalice

el 31 de diciembre de 1970. Los productos de Sidmar deberán, además, ser distribuidos separadamente por las organizaciones de venta del grupo Cockerill y de Arbed a partir de enero de 1971, a más tardar, reserva destinada a garantizar la relativa independencia de Arbed respecto a las demás firmas afectadas de un modo u otro por la operación, y la autonomía de sus decisiones comerciales. Por añadidura, la Comisión vigilará el comportamiento de las empresas interesadas.

La última decisión significativa de 1969 fué la autorización (27 de noviembre) de la más gigantesca operación integradora hasta entonces conocida en la Comunidad, a saber la fundación por la inmensa mayoría de las hulleras del Ruhr, representantes de más del 90% de la capacidad regional, de una sociedad a la que aportaban sus instalaciones y yacimientos, es decir, la misma solución que se había adoptado en España tres años antes con la fundación de HUNOSA en Asturias por el INI y una multitud de empresas privadas. En realidad no se trata de una concentración expansiva, sino, por el contrario, aunque casi suene como contradicción in terminis, de una concentración defensiva que permita a los protagonistas de un sector energético en declive reducir paulatinamente sus efectivos sin traumatismos, agrupándolos en los yacimientos que por sus condiciones excepcionalmente favorables puedan afrontar la rivalidad de las nuevas fuentes de energía. La filosofía de mercado que inspiró la decisión aprobatoria partía del hecho de que ninguna de las firmas coadyuvantes a la naciente Ruhrkohle AG (literalmente, Hullera del Ruhr, S.A.) tenía, ni sola ni asociada, la posibilidad de controlarla, tanto menos cuanto que los lazos preexistentes entre las sociedades de referencia y las instalaciones y yacimientos que transferían han quedado totalmente disueltos. El hecho de que la Comisión autorizara tamaña integración, a los casi

diez años de negar su consentimiento al proyecto de central-  
de ventas de carbón del Ruhr, se explica por una transforma-  
ción radical del mercado durante el último decenio, resumida  
en la asunción del primer puesto por el petróleo y el gas na-  
tural y la relegación del carbón a papel secundario. Por otra  
parte, es muy fuerte la competencia del carbón coquizable im-  
portado de los Estados Unidos, Polonia y otras naciones aje-  
nas al área de la Comunidad. Sin embargo, la Comisión no ha-  
dejado de imponer condiciones : una parte importante de la -  
producción de la Ruhrkohle AG será vendida mediante contra-  
tos de suministro a veinte años que las sociedades aportan-  
tes, casi todas siderúrgicas y metalúrgicas, han concluido -  
con aquélla para asegurarse el abastecimiento de sus fáabri-  
cas metalúrgicas y sus centrales. Pues bien, la Comisión ha-  
requerido a Ruhrkohle a que abra con las empresas siderúrgi-  
cas de la Comunidad que lo soliciten en el plazo de dos años  
las correspondientes negociaciones para la conclusión de -  
contratos a largo plazo en los que se deberán tomar los pre-  
cios actuales como referencia.

A principios de 1970 asintió la Comisión (22 de -  
enero) a la mayor amalgama comunitaria hasta el momento, -  
en cuanto a la proporción de sus protagonistas respecto al  
mercado, el acuerdo entre las siderúrgicas alemanas Thyssen  
y Mannesman, por el cual la primera se encargaba de los --  
trenes de laminación de la segunda, la cual renunciaba a -  
este renglón de producción, y entrambas firmas transferían  
sus plantas e instalaciones para la fabricación de tubos -  
de acero a dos nuevas compañías que fundaban ad hoc en co-  
mún, amén de adquirir Thyssen un tercio de las acciones de  
Mannesman en diversas sociedades fabricantes de tubos, mien-  
tras que Mannesman adquiriría dos tercios de los paquetes -

que poseía Thyssen en otras firmas del sector. El objetivo era doble: por un lado, reforzar la posición de Thyssen en el mercado de productos laminados, especialmente los de tipo plano; por otro, agrupar a los dos primeros productores alemanes de tuberías, a base de que Mannesman suministre a las dos filiales comunes el material para fabricar tubos sin soldadura, así como tubos soldados anchos, mientras que Thyssen aportará el material para la elaboración de otras clases de tubos soldados. Según estimaciones de la Comisión, el nuevo complejo tendría una proporción de nada menos que el 25% de la capacidad fabril del Mercado Común, mientras que el complejo francés USINOR-Vallourec tiene aproximadamente el 15%, un 13% el italiano FINSIDER, y el restante 44% otras 85 empresas (46 alemanas, 27 italianas, 3 francesas y 4 belgas). Ahora bien, este cómputo es la resultante de promediar porcentajes muy variables en los diversos submercados: por ejemplo, en tubos soldados, la proporción de los fusionantes es sólo del veinte por ciento, pero en tubos sin soldadura se acerca al tercio, y en algunos tipos de tubos roscados y de tuberías de precisión alcanza el sesenta por ciento. Teniendo en cuenta que la operación se refería fundamentalmente al sector de tuberías, que no está incluido entre los sujetos al Tratado de París, resultaba que entraban en juego dos preceptos; por una parte, el artículo 66 de dicho Tratado, por ser empresas siderúrgicas los protagonistas, y por otra, el artículo 86 del Tratado de Roma, por la posibilidad de que la amalgama constituyese un "abuso de posición dominante" (vide infra, 3,a,d). La respuesta de la Comisión respecto al segundo punto ha sido negativa, por lo cual se ha autorizado el acto. Ahora bien, se ha impuesto a Thyssen y sus filiales que se den de baja en la-

central de la zona Oeste (Stahlkontor) y se comprometen a vender por separado sus productos de laminación, sin perjuicio de prohibir a los miembros de los Consejos directivos de Thyssen y Mannesman que participen en órgano administrador alguno de la central.

La última concentración notable ha cuajado en octubre de 1970, al constituirse, después de cinco años de negociaciones, la sociedad Creusot-Loire, que refunde a dos de las firmas más prestigiosas de la siderurgia francesa: Le Creusot, fundada y dominada por la familia Schneider y Ateliers de la Loire, controlada por Marine-Firminy. La operación, a la que el Ejecutivo de la Comunidad no puso inconvenientes, constituye ejemplo caracterizado de integración---diversificadora inspirada por el propósito de limitación de riesgos y equilibrio coyuntural. Creusot-Loire abarca efectivamente la siderurgia y la mecánica pesada en proporción mayoritaria y se sitúa en el décimoquinto lugar del conjunto de las firmas francesas, con un volumen de negocio de 4.000 millones de francos anuales (casi cincuenta mil millones de pesetas), así como en el primer puesto europeo en aceros especiales, con seis millones de toneladas.

#### d) Conclusiones y balance provisional.

Observación inicial es que el Ejecutivo comunitario no parece conceder importancia decisiva a los porcentajes de participación de las firmas concentradas en las ventas totales del mercado, en consideración a que en todo el área de la Comunidad existen varios grupos o complejos con participaciones no despreciables y, que por lo tanto, sería ilógico o virtualmente imposible, que una sola empresa o amalgama de empresas lograra alzarse con el dominio del mercado. Lo trascendente, pues, a los ojos, primero, de la Al-

ta Autoridad y, luego, de la Comisión, no es tanto la proporción que cada grupo supone en la producción global como el grado de diferencia entre los grupos principales. De este modo, la industria siderúrgica y hullera de la pequeña-- Europa tiende netamente a configurarse como un oligopolio a base de una, dos o, a lo sumo, tres grandes empresas por cada país miembro : ARBED-HADIR en Luxemburgo, FINSIDER en Italia; USINOR, SIDELOR y CREUSOT-LOIRE en Francia; COCKERILL-UGREE-PROVIDENCE y HAINAUT-SAMBRE en Bélgica, THYSSEN, KRUPP y DORTMUND-HOESCH en Alemania, con la particularidad de que éste último se ha vinculado íntimamente al único grupo de Holanda, HOOGOVENS. En realidad, el criterio oficial de las Comunidades Europeas responde tanto a fundamentos políticos como a consideraciones técnico-económicas : por un lado, sancionar, corroborar la política nacionalista de cada Estado, lógicamente encaminada a la constitución de una minoría lo más reducida posible de complejos vastos y poderosos capaces de afrontar la competencia japonesa, norteamericana, y en menor medida, inglesa, caso de Francia, Bélgica é Italia especialmente; por otro, aplicar, a tenor de una dilatada-- experiencia de capitalismo industrial estudiada y sistematizada por la Teoría Económica, la idea de que el oligopolio es a menudo una de las formas más intensamente competitivas de mercado (recuérdense los famosos estudios de FELLNER sobre "el oligopolio en guerra").

La política expuesta nos indica netas diferencias con la jurisprudencia de los Estados Unidos : mientras que el Tribunal Supremo de Washington se ha pronunciado reiteradamente en los últimos años por la necesidad de "contener al monopolio en sus comienzos" y contra la formación de empresas gigantes que no respondan a una necesidad urgente é-



ineludible, afirmando que una estructura de numerosas empresas medianas es la mejor garantía de la competencia efectiva, el Ejecutivo comunitario ha concedido sistemáticamente prioridad al objetivo de "racionalización".

Otro rasgo saliente, ya señalado al comentar alguna de las resoluciones, es la amplitud con que ha solido el Ejecutivo definir el área de competencia (el "relevant market" de los americanos), no sólo en su acepción geográfica, valor lógico teniendo en cuenta que el mercado abarca, según el Tratado de París, el territorio de seis Estados, sino también en su contenido económico, pues casi siempre ha tomado en consideración como factor de sus acuerdos la intensidad de las importaciones procedentes de zonas ajenas a la CECA. Todavía más : han sido las importaciones, a menudo cuantiosas, el factor influyente en el Ejecutivo para que otorgue autorizaciones que en principio no estaba dispuesto a conceder, por la magnitud de las empresas solicitantes y el consiguiente peligro de concentración de poderío económico. También en este aspecto se aprecia divergencia con el modelo norteamericano : en general el Supremo de los Estados Unidos no admite como eximente la existencia de un fuerte flujo de importaciones, y las más de las veces no toma como referencia el territorio total del país, sino zonas determinadas, si bien es cierto que la gran federación tiene una extensión muy superior a la de "los Seis".

La tercera observación es que el Ejecutivo de la Comunidad ha usado con gran frecuencia de la facultad que le otorga el Tratado de París en orden a la disolución forzosa de vínculos societarios o mercantiles incompatibles, a su juicio, con la libertad e igualdad de competencia. En este punto hay que señalar un matiz interesante, y es que en gene

ral, las autoridades de la CECA son mucho más rigurosas con los contratos de exclusiva, las centrales de venta y las -- conexiones directoriales que con las participaciones accionarias. Efectivamente, en muchos casos han obligado a las -- empresas solicitantes a darse de baja en asociaciones de -- venta o distribución, o a renunciar a contratos de exclusiva, garantizando a cualesquiera demandantes un suministro -- regular en condiciones normales y equitativas, o han prohibido que sus directivos ocupen puestos de mando en compa -- ñías competidoras activas o potenciales; más bien raros -- fueron, en cambio, los supuestos de enajenación forzosa de paquetes accionarios.

Finalmente, el Ejecutivo comunitario ha solido con -- ceder peso decisivo a las consideraciones de estructura general del mercado energético y de evolución de la técnica , para justificar operaciones que, en principio, suponían -- aglutinamientos monopolísticos o poco menos, especialmente en la minería del carbón. Recuérdese que el principal, y -- prácticamente único, fundamento para la autorización de -- Ruhrkohle AG, por ejemplo, fué el desplazamiento irremediable del carbón por los hidrocarburos, y la necesidad de que, en consecuencia, la minería de hulla se agrupara para salvar las pocas empresas capaces de subsistir, lo cual supone elevar a la categoría de principio, y a escala no ya de firma -- individual sino de sector, el argumento de la "empresa desfalleciente", que la jurisprudencia norteamericana admite sólo a título de excepción. Sin dudar del fundamento económico del planteamiento, lo que nos interesa retener es que, también en esta faceta, la concepción de mercado adoptada es de gran amplitud, pues no sólo se fija en un producto singular, sino también en los productos competitivos, a semejanza de -- las sentencias recientes del Tribunal Supremo estadounidense.

B) Gran Bretaña.

Es curioso que habiendo sido Inglaterra el adelantado del derecho de la competencia en la Historia, con su famoso Estatuto de los Monopolios, dictado en 1623 bajo Jacobo y Estuardo, no se incorporara hasta la segunda postguerra a la corriente contemporánea de regulación anti-trust iniciada allende el Atlántico Norte precisamente por dos naciones que en gran parte le deben su origen y cultura. No hubo, en efecto, una Comisión de Monopolios hasta 1948, ni una norma general de procedimiento hasta la Ley de Prácticas Restrictivas de 1956 (Restrictive Trade Practices Act), ni, por fin, un régimen especial de fusiones hasta la Ley de Monopolios y Fusiones de 1964, que será el núcleo de nuestra exposición. Pero el retraso responde a causas profundamente lógicas, como enseguida veremos.

a) La economía inglesa hasta la Segunda Guerra Mundial : el régimen de libertad.

El marco en que se desarrolló la industria británica durante el siglo XIX y los primeros años del XX hasta la Primera Gran Guerra se caracterizaba por la libertad casi completa del comercio internacional, el enorme grado de movilidad de los factores productivos de un sector a otro y entre localidades y por un patrón monetario que, basado en el oro, aseguraba un mecanismo ágil y sencillo para la financiación del tráfico. En estas condiciones, subrayadas por los historiadores de la economía insular (265), era natural que el proceso de concentración económica no alcanzara proporcio

(265) En particular, G.C. ALLEN, British Industries and their Organization, Londres, 1961, citado por RAMON TAMAMES, La lucha contra los monopolios, Tecnos, Madrid, 1965 (2ª edic.), pág. 172 y sigs., y por ALEX HUNTER, Competition and the Law, Londres, 1966, Edit. Allen & Unwin, págs. 73-74

nes inquietantes y que su intensidad fuese sensiblemente inferior a la registrada en los Estados Unidos y Alemania. Sólo a fines de siglo despuntó un movimiento de cierta envergadura, concretamente en los explosivos, el jabón, destilería de whisky, fabricación del cemento, el tabaco, la sal, y en menor grado el textil, el papel y el acero, y justo es apuntar que algunas amalgamas se efectuaron como defensa ante la aparición de los primeros colosos norteamericanos. Así, la Imperial Tobacco Co. Ltd. (1902) se fundó para hacer frente a la American Tobacco, que aspiraba a enseñorearse del mercado británico; y la integración, también en los albores de nuestro siglo, de numerosas plantas siderúrgicas en torno a las compañías Dorman, Long and Co., Baldwin Ginstkeen y David Colville sólo obedecía a rivalizar eficazmente con el trust estadounidense del acero. De todos modos, estas industrias eran menos importantes, en general, que hoy en el conjunto de la economía británica y constituían grupo minoritario. Los ramos característicos y tradicionales de la manufactura inglesa seguían siendo la minería del carbón, la fabricación de hierro y acero, los astilleros, y, sobre todo, la industria textil del algodón. Pues bien, en todos ellos, y salvo operaciones excepcionales de integración, predominaba el clima de competencia activa. Aquella situación explica que el gran economista ALFRED MARSHALL, fundador de la escuela de Cambridge, escribiera a raíz de 1900, en su obra Industry and Trade, que la supeditación de Gran Bretaña a fuertes influencias de signo competitivo hacía "superflua" toda legislación antitrust.

Sin embargo, a partir de 1918 se invirtió la tendencia diametralmente, en parte como consecuencia de los hábitos de concierto creados por cuatro años de economía bélica.

ca intervenida por el Estado, y en parte también por la necesidad de que la industria sobreviviera en la coyuntura pet bélica de depresión y desempleo. Los veinte años siguientes hasta el estallido de la Segunda Guerra Mundial son la crí ca de un doble movimiento de asociación y amalgama. Por un lado, en efecto, se establecieron asociaciones de ámbito nacional como la Federación de Industrias Británicas (F.B.I.), y especialmente quedaron cartelizados ramos enteros de la -- producción. Los objetivos primordiales de los acuerdos o con sorcios sectoriales se cifraban en el mantenimiento o, en su caso, la recuperación de niveles satisfactorios de precios y en la eliminación del exceso de capacidad productiva. Es más, el propio Gobierno dictó una legislación que precisamente se proponía fomentar la agrupación : así, la Ley de Reorganización de la Industria Algodonera de 1939 pretendía, a propues ta de los mismos industriales, instaurar un sistema de cuotas y contingentes de producción de estampados de algodón a base de una escala de multas para los fabricantes que sobrepasaran su cupo e, inversamente, de compensaciones para aquéllos que vendieran menos de su cuota. Igualmente se dictaron normas sobre fusión y cooperación entre empresas hulleras.- El Gobierno logró, además, que los fabricantes siderometalúrgicos se agruparan en la Federación Británica del Hierro y del Acero y persuadió a ésta para que entrara en el Cártel Europeo del Acero a fin de que se limitara concertadamente las ventas de acero del Continente a Gran Bretaña.

Por otro lado, el período de entreguerras calendó, como indicábamos, una ola de ayuntamientos societarios a -- gran escala, tanto en sentido horizontal como en dirección vertical, incluso en líneas laterales, proceso que contó -- con beneficios fiscales y crediticios. Así, en 1925 quedó -

establecida, por fusión de varias firmas, la Distillers Company y en 1926 la British Match-Corporation. Ahora bien, la operación más trascendente no ya del período, sino quizá de toda la historia económica de Inglaterra, fué la constitución en 1926, como réplica a la fundación de la I.G. Farben alemana, de la gigantesca Imperial Chemical Industries (I.C. I.), producto de la amalgama de Brunner-Mond, Nobel Industries, United Alkali, and The British - Dyestuffs Corporation. Con ello surgía un grupo todopoderoso en especialidades químicas, colorantes, explosivos, incluso metales no férricos. La segunda gran amalgama fué la fusión (1929) de la no menos potente y colosal Unilever, resultante de la unión de Lever Brothers y la holandesa Margarine Unie, en el ramo de la margarina, grasas y aceites vegetales, detergentes y cosméticos, etc. Otros sectores donde hubo integraciones de cierta cuantía fueron el montaje de automóviles, el rayón, el aluminio, la maquinaria eléctrica y el jabón.

La Segunda Guerra Mundial aceleró, si cabe, la integración empresarial, en el marco de una economía planificada, que cristalizó en el llamado Plan Lyttleton (nombre del Ministro de Comercio) de 1941, por virtud del cual quedaban cerradas las fábricas y establecimientos comerciales que funcionaran por debajo del diez por ciento de su capacidad, y acto seguido, las empresas afectadas fueron adheridas o incorporadas cada una en su sector, a las firmas principales (nucleous firms), de las que hasta mayo de 1943 se eligieron unas cinco mil trescientas. En general, el desarrollo del Plan favoreció especialmente a las grandes empresas. La política de nacionalizaciones del Gobierno labrista de la postguerra (1945-1951) acentuó en cierto modo el signo de la evolución, si bien la mayoría de los sectores nacionalizados

operaban hacía muchos años fuera de las reglas del mercado, con precios y tarifas gubernamentalmente intervenidas.

Ahora bien, la segunda postguerra trajo consigo un fenómeno inédito : la elaboración de un derecho contra las prácticas restrictivas de la competencia, que era uno de los puntos básicos del programa laborista. Así, se creó (1948) en virtud de una Ley especial la Comisión de Monopolios (Monopolies Commission), para investigar todos los casos en que a juicio del Ministerio de Comercio hubiera restricciones de la competencia perjudiciales, en principio, al interés general. Ahora bien, los trabajos de la Comisión, magníficos análisis todos ellos de sectores determinados de la industria, no trataron de fusiones ni amalgamas, sino únicamente de prácticas de índole colusiva, y el informe general elevado al Gobierno, en 1952, estando ya el partido conservador en el Poder, sólo se refería a seis categorías de actos propiamente mercantiles, relativos a la relaciones entre vendedor y comprador (266 ). El problema de la integración quedó marginado.

En 1956, el gobierno conservador presentó al Parlamento un Proyecto de Ley contra las Prácticas Comerciales Restrictivas, basado precisamente en aquél informe, si bien pretendía escoger una línea media entre el parecer de la mayoría de los vocales, partidaria de prohibir inradice esas -

---

(266 ) La Comisión enunciaba los siguientes apartados : discriminación colectiva por los vendedores, discriminación colectiva por parte de vendedores y compradores; acuerdos colectivos de fijación de precios y condiciones comunes de venta, acuerdos de boicot contra los distribuidores que no respeten los precios minoristas impuestos por el fabricante o el mayorista. Y discriminación colectiva por parte de los compradores y rebajas progresivas. Vide RAMON TAMAMES, op. cit., págs. 188-191.

prácticas, y el dictamen de la minoría, que simplemente sugería el registro obligatorio de los acuerdos entre empresarios. La vía intermedia consistió en combinar la inscripción obligatoria de toda clase de acuerdos en un Registro de Prácticas Restrictivas y el examen o revisión posterior por un órgano -- de nueva planta, el Tribunal de Prácticas Restrictivas, de los acuerdos restrictivos, ora a requerimiento del Registrador, ora a instancia de parte presuntamente perjudicada. Pero nuevamente se escamoteaba el problema de las estructuras, a pesar de que a partir de 1954 se advertía cierta aceleración en el proceso de aglutinamiento, después de dos lustros de estabilización.

A comienzos de la década 1960-1970, diversos acontecimientos, más espectaculares que significativos, animaron el interés de los partidos conservador (todavía en el Poder) y laborista por el problema y la posibilidad de una nueva reforma de la legislación anti-monopolio, a base de introducir el control previo de las concentraciones. Concretamente, las dos operaciones que prendieron el fuego de la polémica fueron la batalla entre el magnate de la prensa LORD THOMSON y el grupo Daily Mirror por el control de Odhams Press (1961), resuelto a favor del segundo, y la tentativa de absorción de Courtauld's, segunda firma química del Reino Unido, por ICI, contacto que fracasó in extremis, no sólo por la oposición gallarda de la propia Courtauld's, sino también por la actitud desfavorable del Gabinete, presionado a su vez por la oposición en la Cámara de los Comunes (1962). En el próximo epígrafe, dedicado a la legislación que efectivamente se dictó en 1965 sobre "monopolios y fusiones", se estudian sucesivamente los antecedentes inmediatos y las disposiciones que, por fin, engrosarían el ordenamiento positivo.



a') Antecedentes.- En los primeros años del decenio 1960 - 1970, cristalizó el pensamiento de entrambos partidos dominantes en documentos oficiales u oficiosos, tan sugestivos por el interés de sus propuestas como definidores de la actitud política que los inspiraba.

Examinemos en primer lugar el informe del Grupo Bow, perteneciente al Centro Político Conservador, sobre "Monopolios y fusiones" ( 267). Con flexible pragmatismo, el estudio subraya que, en general, las fusiones han sacudido benéficamente la rutina inmovilista de muchos Consejos directivos, no sólo en firmas que han sido objeto de oferta pública de compra de sus acciones en Bolsa (take-over bid), sino también en otras que, por su administración deficiente y sus escasos beneficios, están expuestas en cualquier momento a esta posibilidad. Además, arguyen los autores que gracias a las fusiones se han podido salvar de la ruina numerosas compañías, y sus activos han sido aprovechados de modo racional, con beneficio, en último término, para la comunidad, y por fin, señalan que, con todos sus inconvenientes y peligros, la integración es uno de los elementos naturales del sistema de libre empresa y hasta cierto punto factor del proceso de "selección natural" de las firmas que operan en el mercado.

De todos modos, el partido conservador no podía sustraerse enteramente al ambiente crítico de la opinión, y por eso el Grupo Bow sugería un mecanismo de investigación previa de ciertas operaciones o mejor dicho, proyectos de operaciones, recomendando concretamente la obligación de

---

(267) Monopolies & Mergers, Conservative Political Centre, Londres, 1963.

notificar al Registrador de Prácticas Restrictivas todo proyecto que afectase a empresas cuyo valor excediera un millón de libras esterlinas. En este punto, el estudio declaraba su preferencia por el criterio, simplista pero inequívoco, de cifras absolutas sobre el módulo del porcentaje del mercado atendido por las firmas protagonistas e impugnaba el módulo de "el tercio de las ventas totales" (la famosa "regla del tercio", one-third rule) fijado por la Ley de 1948 (artículo 32), como nivel crítico de monopolio, argumentando, con toda razón, que "la competencia puede ser más flagrante en una industria donde una compañía controle el 34% o incluso el 50% que en un sector más fragmentado, y hasta es posible tener dos "monopolios", según la definición de la Ley de 1948, libremente compitiendo entre sí".

Reconocida la necesidad de un mecanismo de investigación previa, susceptible de disuadir a las partes de su proyecto de concentración, el grupo Bow consideraba que el procedimiento judicial sería demasiado laborioso y sugería, en consecuencia, la remisión de los casos dignos de examen a la Comisión de Monopolios, órgano administrativo y no jurisdiccional.

Poco después, el Comité Poole, igualmente designado por el partido conservador (268), emitió recomendaciones análogas, si bien con ligeras modificaciones en cuanto al límite mínimo para la obligación de notificar. En efecto, sugería que sólo se exigiese comunicación al Registrador en el supuesto en que una, al menos, de las compañías interesadas tuviera activos netos superiores a un millón de li --

---

(268) Monopoly and the Public Interest, Conservative Political Centre, Londres, 1964.

bras o cuando los netos de las firmas excediesen en total el millón y medio de libras. El criterio se desplazaba, pues, -- del "valor" de las firmas a la cuantía de sus "activos netos". El límite propuesto era, por otra parte, una garantía de eficacia, si se observa (269) que, según las estadísticas del -- propio Ministerio de Comercio (Board of Trade) sobre fusiones y absorciones en el septenio 1954-1961 mediante compra bursátil, el importe pagado por las acciones de las sociedades adquiridas había fluctuado entre 2 y 3,4 millones de libras. Se apuntó, sin embargo, la objeción de que muchas operaciones -- de ámbito local o provincial susceptibles de crear un monopolio en una zona determinada del territorio quedarían exentas de notificación simplemente por el hecho de no alcanzar sus protagonistas las cifras de referencia. El reparo era -- teóricamente válido, pero, a nuestro juicio, pecaba por --- irrealismo, pues el problema esencial consistía, vista la escasez de recursos de la Comisión, en seleccionar para estudio y revisión los casos más atendibles en el conjunto de la economía.

Los informes Bow y Poole reflejaban posiciones de audacia notoria en relación a la política económica del partido, y, por eso, no tiene nada de anómalo que el Libro Blanco (White Paper) publicado en 1964 por el Ministro de Comercio EDWARD HEATH retrocediera en muchos puntos y se contentara con sugerir la atribución al Ministerio del poder discrecional de ordenar a la Comisión el examen de "cualquier fusión proyectada o recientemente consumada susceptible de abocar a un monopolio" (en el sentido del control de un ter-

---

(269) Cfr. ALEX HUNTER; Competition and the Law, Londres, 1966 (Allen and Unwin), págs. 269 y sigs.

cio del mercado), y no retuviera la recomendación del Comité Poole para que se suspendiera toda operación fusionista-sometida a examen por la Comisión. Además, la Comisión tendría que considerar, como módulos de valoración y enjuiciamiento, aspectos tan diversos como la "eficacia", el "adelanto técnico y tecnológico", el desarrollo industrial y el poder competitivo en los mercados internacionales. Por último, se reservaba el Gobierno la facultad, a la luz del informe de la Comisión, de tomar medidas adecuadas, las cuales serían sometidas a la aprobación del Parlamento.

En cualquier caso, el Libro Blanco no se materializó en proyectos de reforma legislativa, porque a los pocos meses las elecciones generales dieron el triunfo a los laboristas. Los antecedentes del nuevo Gabinete inducían a pensar en una política rígida de control, pues ya la Conferencia del partido en Blackpool (1961) había deliberado sobre un documento (270) que, elaborado por el ala doctrinaria e izquierdista, se extendía sobre "el crecimiento amenazador del monopolio privado y de la subsiguiente concentración -- del poder económico en manos irresponsables", sin perjuicio de añadir: "Las corporaciones gigantes o los imperios financieros privados crecen cada año más, y se interconectan de modo cada vez más estrecho. Los conservadores opinan que deber ser libres de conducirse exactamente como les plazca, y no ser responsables más que frente a sus directivos y a --- quienes les controlan financieramente : libres de ser comprados o vendidos como lotes en una subasta; libres de engullirse unos a otros, o incluso de ser engullidos por fir-

---

(270) Signposts for the sixties (2ª edición en 1964), citado por NICOLAS A.H. STACEY, Mergers in modern business, págs. 72 y sigs.

mas extranjeras. Los conservadores, que siempre se han o --  
puesto a la idea de que el pueblo británico debería ser el --  
dueño de sus propias industrias, no tienen inconveniente en  
ver cómo empresas productivas de gran valor caen bajo el co --  
minio de los financieros de la City o de Wall Street : el --  
único cuerpo que queda excluido de formular ofertas de con --  
pra (take-over bids) es la comunidad misma, cuyo trabajo ha --  
creado esos grandes imperios económicos y cuyo servicio --  
constituye en definitiva su justificación". Dejando aparto --  
los aspectos políticos del planteamiento, está claro que el  
partido laborista adoptaba una postura no sólo más severa --  
que el conservador (actitud evidente y obligada), sino tam --  
bién sorprendentemente parecida a la que a fines de siglo --  
inspiraba a numerosos sectores de la opinión norteamerica --  
na, ayunos de toda influencia o filiación socialista, ante --  
los trusts dominantes.

Poco más tarde, la Sociedad Fabiana, principal --  
círculo de estudios del socialismo inglés, publicó un folle --  
to (1963) que sugería con insistencia que "la Comisión de Mo --  
nopolios o una nueva dependencia para fusiones" recibiese --  
preceptivamente notificación de cualesquiera fusiones o con --  
pras societarias y tuviese "poder para denegar el derecho a  
fusionar si éste parece contrario al interés público" (271).  
Siguiendo los pasos del memorandum discutido en Blackpool ,  
la Sociedad Fabiana aconsejaba que en el supuesto de que la  
transacción proyectada contrariase al interés público por --  
constituir una formación monopolística, se autorizara al Es --  
tado a intervenir bien prohibiendo su consumación, bien na --

cionalizando las empresas afectadas o alguna de ellas.

Sin embargo, no fueron esos textos la base del proyecto de ley que finalmente presentó el Gobierno en 1965 a la Cámara de los Comunes, sino el estudio, mucho más ponderado y técnicamente superior, del Congreso de Sindicatos, expresivamente titulado "Monopolios y Fusiones" (272). Los Sindicatos no se preocupaban tanto del monopolio como figura teórica, y sí, en cambio, de los posibles abusos de un monopolio concreto, y señalaban, por otra parte con razón, la falta de información disponible "sobre el influjo social y económico de la legislación existente en materia de monopolios", deficiencia que impedía radicalmente formular pronunciamientos categóricos. Prueba de la cautela con que se abordaba el problema era la observación de que "en un ambiente aumentativamente tecnológico, la dimensión unitaria óptima ha crecido hasta tal punto que a veces sólo hay lugar para una sola firma en una economía nacional.... La investigación y los conocimientos tecnológicos implican una gran intensidad de capital, es decir, recursos financieros más poderosos que los que cualquier empresa, salvo las mayores, pueda poseer, y sin los cuales se coarta el crecimiento. Es más, las firmas que asumen riesgos muchos más grandes, necesitan condiciones de estabilidad y confianza muy superiores, enfoque que no excluye, desde luego, a la competencia como estímulo al esfuerzo en forma de sustitutivos sintéticos o por competidores extranjeros". El párrafo transcrito es típica muestra del pragmatismo británico y prefigura, más aún, lleva en germen, el dualismo de la política de concentración industrial aplicada por el Gobierno laborista de 1964 a 1970.

---

(272) Monopolies and Mergers, Trade Unions Congress (T.U.C.), Londres, 1964.

b') El proyecto de Ley Laborista.

A principios de 1965 se hizo público el Proyecto - de Ley de Monopolios y Fusiones (Monopolies and Mergers Bill) , que paradójicamente recogía no pocas de las sugerencias del Libro Blanco del Gobierno conservador precedente. Esta fue, quizá, la razón de que no encontrara mayor resistencia al ser debatido en los Comunes. De todos modos, algunas disposiciones del Proyecto se apartaban netamente tanto del Libro Blanco como de ciertos documentos del partido-laborista, como veremos enseguida.

El primer punto de alteración fue la composición de la Comisión de Monopolios, cuyos efectivos habían sido muy reducidos en 1956 por el Gabinete conservador y no podían, por añadidura, funcionar desde entonces, en varios grupos o comités simultáneamente, sino sólo en uno. Era indudable que ese recorte había sido la causa principal de la escasez de casos examinados y, por consiguiente, de informes emitidos. Pues bien, el Ministro de Comercio propuso y logró que incrementaran en grado notable los miembros. En segundo término, subrayó el Gobierno socialista que la actitud de los gabinetes precedentes había consistido en permanecer cruzados de brazos, no interviniendo hasta que se hubiese consumado una posición monopolística; en suma, "después de muchos años de reflexión, el Gobierno anterior proponía que se pudiese cerrar la puerta del establo una vez que el caballo desapareciera, es decir, que sólo cabía investigar una fusión después de haberse producido" (273). El proyecto se apartaba, en consecuencia, del Libro Blanco al prever que en ciertos casos podría suspenderse una operación

---

(273) Cit. por NICHOLAS STACEY, op.cit., pág. 75.

fusionista mientras la Comisión de Monopolios tramitara la investigación, y apuntaba la necesidad de que algunas operaciones fuesen sometidas a inspección en nombre del interés público y eventualmente prohibidas, en caso de que tanto el Ministro de Comercio como la Cámara de los Comunes se convinieran de que perjudicaba el interés general.

Otro rasgo nuevo del proyecto era el régimen especial que preveía para las concentraciones de periódicos, punto que el partido gobernante había invocado siempre en su campaña contra los grupos de poder económico.

Durante toda la deliberación parlamentaria, el Gabinete se esforzó en subrayar que las disposiciones dilatorias del proyecto sólo se aplicarían a las operaciones de gran envergadura, excluyendo a las pequeñas concentraciones. Sin embargo, al determinar qué clase de fusiones eran las que debían, en principio, ser sometidas al régimen de control, el proyecto se inspiraba fundamentalmente en un módulo más económico que cuantitativo, a saber, el clásico criterio del porcentaje de las ventas de los interesados respecto al total de la nación (the market share concept), adoptando de nuevo como nivel crítico el tercio del mercado nacional, como lo hiciera, según vimos, la Ley de 1948, solución que también se postulaba en el Libro Blanco tory (vide supra). Se disponía, pues, la procedencia de la encuesta si la operación concentradora implicaba la reunión en una misma firma del tercio o más de la oferta nacional de un producto o servicio. Ahora bien, el proyecto contenía la sugestiva novedad de otro criterio, proponiendo que también cupiese investigar las operaciones que implicasen transferencias de activos de cinco millones de libras o más (o sea, setecientos cincuenta millones de pesetas).



De todos modos, es importante retener que el proyecto no tendía a instaurar mecanismo alguno de intervención automática ni obligatoria para el Gobierno, sino únicamente la posibilidad legal, de que hasta entonces el Gabinete carecía, para suspender momentáneamente acciones susceptibles de alterar la estructura competitiva del mercado y, eventualmente, prohibirlas si la investigación consiguiente concluía que lesionaba el interés público.

c') El texto definitivo de la Ley.— Con fecha 5 de agosto de 1965 se promulgó, bajo el título abreviado de "Ley de Monopolios y Fusiones de 1965" (Monopolies and Mergers Act 1965), un texto de doce artículos y tres Tablas anejas (Schedules) en las cuales se reglamentaban nuevamente la composición y procedimiento de la Comisión de Monopolios, para cumplir la misión que le confiara la Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas (Encuesta y Control) de 1948, y se introducían disposiciones para "prevenir o remediar los daños resultantes de fusiones empresariales o transacciones análogas" (274). Analicemos sucintamente las cláusulas fundamentales.

El precepto básico es el artículo 6º, que, bajo el título "Disposiciones generales sobre fusiones", dispone, en esencia, lo siguiente :

Primero.— Cuando el Ministerio de Comercio aprecie que dos o más empresas, de las que una, por lo menos, deberá desarrollarse en el Reino Unido, han dejado de ser firmas distintas o podido dejar de serlo, dentro de los seis meses últimos, y siempre que se dé una de estas dos circunstancias :

a) que esas empresas ofrezcan o presten la tercera parte, co-

---

(274) Statute Book, 1965 Chapter 50. Traducción española en el Boletín de Legislación Extranjera de las Cortes Españolas, núm. 163, correspondiente a enero-febrero de 1966, págs. 24va 6

mo mínimo, de cualquier clase de "mercancías o servicios" en comparación a la oferta o prestación total de ese tipo de mercancías o servicios respectivamente en el Reino Unido o en una parte importante de él, o b) que el valor de los activos de una de esas firmas adquiridos por la otra exceda de cinco millones de libras, podrá el Ministerio, si lo juzga oportuno, confiar el asunto a la Comisión de Monopolios para investigación e informe, debiendo publicar el encargo de la forma que juzgue mas adecuada para que llegue a conocimiento de las personas afectadas. Sin embargo, no se tendrá en cuenta el criterio del tercio cuando se trate de una situación expresamente autorizada por una ley, o cuando la posesión de un tercio o más de la oferta total derive de -- las leyes de patentes y marcas comerciales.

Segundo.— Recibido el caso, la Comisión deberá, en primer lugar, investigar dos puntos : si efectivamente se ha dado un acto concentrador que haya suprimido la dualidad o pluralidad de empresas desde el punto de vista económico y si se alcanza, ora ese nivel crítico del tercio, ora el volumen absoluto de cinco millones de libras en activos transferidos; y si juzgare que entrambos supuestos se han cumplido, la encuesta se centrará en si el ayuntamiento empresarial opera contra el <sup>interés nacional</sup>. En caso afirmativo, la Comisión considerará si procede tomar medidas para remediar o siquiera prevenir cualesquiera de los abusos derivables, y si así lo cree, formulará la recomendación correspondiente, especificando qué autoridad del Estado sería, a su juicio, la más indicada para intervenir.

Tercero.— La Comisión informará dentro del período que, con el límite máximo de seis meses, le marque el Ministerio de Comercio en el momento de darle traslado del caso, o bien --

dentro del lapso adicional que el Ministerio de Comercio -- tenga a bien conceder, siempre que no exceda de tres meses; sin embargo, las prórrogas del plazo señalado en el momento del traslado sólo podrán otorgarse a petición de la Comisión y por razones especiales que impidan la elaboración del informe en el período inicialmente fijado. La ley es severa para el caso de que transcurra el tiempo reglamentario : el informe no se publicará y "no podrán tomarse medidas ulteriores en virtud de él".

Cuarto.- La ley no sólo ha previsto las operaciones consumadas; también ha imaginado la hipótesis de preparativos de grandes concentraciones, y así, cuando el Ministerio de Comercio considere que se hallan en marcha o en proyecto actos que, de consumarse, abocarían a un ayuntamiento empresarial en que se alcanzara el tercio de la oferta del mercado nacional o de una parte sustantiva de él o un volumen de más de cinco millones de libras por transferencia de activos, tendrá el Ministerio facultades para someter el asunto a la Comisión, la cual procederá del modo indicado e informará sobre las consecuencias previsibles o, en su caso, ya observadas, de la operación. Si en el transcurso de la encuesta descubre que se han abandonado los proyectos, podrá, si da su consentimiento el Ministerio, archivar las diligencias, sin perjuicio de suministrar obligatoriamente al Ministerio la información que éste le pida sobre los resultados ya obtenidos.

Quinto.- Asimismo ha recogido el artículo 6º la hipótesis de que el Ministerio de Comercio se entere de que dos o más empresas se han concentrado más de seis meses atrás, por medio o en virtud de transacciones o actos que no hayan comunicado al propio Ministerio o que no llegaran a conocimiento

to del público. En este caso, podrá el Ministerio ordenar a la Comisión la oportuna indagatoria siempre que no haya -- transcurrido más de un semestre de la fecha en que los hechos fuesen conocidos o anunciados.

Sexto.- Trasladado un asunto a la Comisión, podrá el Ministerio, para evitar cualquier acto susceptible de coartar las medidas que en su día aquélla recomiende, adoptar determinadas providencias de signo preventivo, concretamente las siguientes (artíc. 3º, párrafos 5 y 7) : prohibir o limitar la adquisición por persona alguna de la totalidad o parte del pasivo o de los activos de otra empresa, o la ejecución de actos que resulten o puedan resultar en la interconexión de sociedades mercantiles, imponer a las empresas protagonistas si ya se ha formalizado la adquisición u operación que tenga consecuencias análogas, las medidas prohibitivas o limitativas, a su juicio, convenientes, y por último, prohibir o limitar a las partes la realización de actos que puedan coartar una eventual ordenanza de disolución forzosa o desposesión, bien nombrando a persona que dirija o supervise la administración de las firmas, bien por otros medios.

Séptimo.- La Comisión emite su informe, que va dirigido al propio Ministro de Comercio, el cual podrá, si lo considere conveniente, dar traslado a una y otra Cámara del Parlamento (artíc. 9º, párrafo 1, de la Ley de 1948). El Ministerio es libre de aceptar o no las conclusiones y, en su caso, las recomendaciones del informe.

Octavo.- Si el informe concluye que peligra el interés general, y cualesquiera que sean las recomendaciones que haga la Comisión, podrá el Ministro de Comercio, una vez que deposite el informe en las Cámaras, adoptar las medidas preventivas especificadas en el número sexto (es decir, las de

los párrafos 5 y 7 del artíc. 3º), y también los remedios - siguientes (párrafo 6 del citado artíc.) :

- a) transferencia de propiedades inmobiliarias, derechos, obligaciones o deudas;
- b) modificación de contratos ya en vigor, ora por exoneración o reducción de alguna carga, deuda u obligación, ora de algún otro modo;
- c) creación, asignación, entrega o anulación de títulos de capital, obligaciones, etc.;
- d) formación o, por el contrario, disolución de una compañía o asociación, societaria o no, o ~~open~~mienda de sus estatutos o escritura fundacional o cualesquiera otros documentos reguladores;
- e) limitación de la libertad estatutaria de modificación - por las empresas en cuestión de sus respectivas escrituras fundacionales en punto a capital accionario y otras materias.

La enumeración es tan extensa que virtualmente no deja ningún resquicio. En los cinco apartados, están implícitamente comprendidas todas las medidas imaginables y desde luego, por citar ejemplos pertinentes, todas las que, según vimos, adoptó la jurisprudencia norteamericana a lo largo de ochenta años.

El Ministro de Comercio tiene, además, la facultad de nombrar a un "inspector" (artíc. 3º, párrafo 8) que investigue y le informe sobre cuantas materias parezcan necesarias al ejercicio de los poderes a que acabamos de referirnos. Igualmente está autorizado (artíc. 3º, párrafo 9) a dar a quienes figuren como directivos o administradores de las empresas indebidamente concentradas o a punto de concentrarse, instrucciones vinculantes, las cuales consistirán - ora en que esas personas ejecuten las medidas que se les indic

diquen para ejercitar un acto determinado o garantizar su -  
realización, ora en abstenerse de efectuar actos concretos.  
Noveno.- Se salvaguarda la supremacía del Parlamento (ar- -  
tíc. 3º, párrafo 11) al disponer la ley que toda ordenanza-  
del Ministerio de Comercio en relación a cualquier operaci<sup>ón</sup>  
concentradora sólo podrá dictarse despu<sup>és</sup> de haberse deposi-  
tado en entrambas Cámaras un proyecto o borrador, que re -  
quiere aprobación en cada una de ellas. En el caso de que, -  
por razón de urgencia u otro motivo, se dicte una ordenanza  
sin previa autorización del borrador, será sometida inmedia-  
tamente al Parlamento y si no es aprobada por resolución de  
cada una de las Cámaras en los veintiocho días contados des-  
de aquél en que se dictara, quedará sin efecto, sin perjui-  
cio de la validez de todo lo hecho en virtud de ella. No se-  
computará el tiempo en que el Parlamento permanezca disucl-  
to o sus sesiones suspendidas más de cuatro días.

Décimo.- La Ley ha introducido, como anticipábamos, un ré-  
gimen especial para las concentraciones de empresas perio -  
dísticas (artíc. 8º), marcadamente más severo que el sistema  
general, por cuanto adopta sin ambigüedad el principio de -  
la previa autorización. Efectivamente, toda "transferencia"  
(transfer) de un periódico o de activos periodísticos a un-  
propietario de periódicos cuyas publicaciones tengan una ti-  
rada media al día que alcance, sumada a la de los periódicos  
transferidos, la cifra de quinientos mil ejemplares o más, se  
tendrá por "nula y sin contenido" (null and void), a menos -  
que se haga con el consentimiento por escrito, condicional-  
o incondicional, del Ministerio de Comercio, al que la Comi-  
sión informará previamente. Ahora bien, si el Ministerio -  
llega a la conclusión, por los medios de prueba exigibles, -

de que el periódico objeto de traspaso no es rentable (eco -  
nomic) como tal negocio y como publicación independiente, po-  
drá otorgar su asentimiento incondicional sin necesidad del  
informe de la Comisión, con tal de que asimismo tenga el Mi-  
nisterio la certidumbre, bien de que no hay intención de que  
el periódico continúe editándose como publicación indepen-  
diente, bien de que, aún existiendo ese designio, la situa-  
ción requiere remedio urgente. Igualmente cabrá conceder au-  
torización sin previo informe de la Comisión cuando el Minis-  
terio esté seguro, gracias a las pruebas recabadas, de que  
el periódico tiene una tirada media al día de no más de veinticinco mil ejemplares (275). El Ministerio de Comercio podrá disponer por ordenanza la modificación de las cifras límite de tirada e incluso la modificación, por segunda vez, de los límites que hayan sido ya alterados por ordenanza, a reserva de anulabilidad de estas disposiciones por una resolución de cualquiera de las dos Cámaras.

El iter procesalis es también especial: cuando el Ministerio reciba una solicitud de aprobación relativa a una transferencia de periódicos, y sea preceptivo el informe de la Comisión, dará traslado a ésta en el plazo de un mes para que investigue y dictamine, y la Comisión presentará su informe dentro del trimestre siguiente al traslado o lapso adicional no superior a otros tres meses concedido por el Ministerio. El informe especificará si la operación es o no susceptible de operar contra el interés general y recogerá todos los puntos que parezcan discutibles y pertinentes, entre otras consideraciones, para la "exacta presentación de las noticias y la

---

(275) El inciso final del párrafo 1 del citado art. 8º define como "periódico" (newspaper) toda publicación diaria o de los domingos, así como toda publicación local que no sea diaria ni de los domingos, y que circule, en ambos casos, total o principalmente en el Reino Unido o en una parte de él.

expresión libre de la opinión". La concesión de prórroga del plazo de informe sólo se tramitará a instancias de la Comisión y después de asegurarse el Ministerio de que "razones especiales" impiden completar el dictamen en el trimestre reglamentario. Como se advierte, el plazo es la mitad del fijado para las demás fusiones. Si la Comisión cree que la transferencia perjudicaría al interés general, apreciará la posibilidad de adoptar condiciones para la autorización, y en caso positivo precisará cuáles deben ser y podrá incluir recomendaciones en su informe. Si el Ministerio de Comercio, al depositar el informe de la Comisión en el Parlamento, ha resuelto aprobar la operación, deberá depositar asimismo un ejemplar de la autorización, y, si aún no ha tomado decisión, remitirá inmediatamente ejemplar de la autorización que posteriormente acuerde.

Ahora bien, quizá la diferencia más aparatosa resida en el matiz delictivo que el legislador atribuye a la concentración ilícita. Efectivamente, si se realiza sin consentimiento del Ministerio de Comercio una transferencia de periódicos o activos periodísticos que con arreglo al artículo 8º -peque por ilicitud, podrá ser condenado a prisión por plazo máximo de dos años o al pago de una multa o en ambas penas - ( párrafo 5 del artíc. 8º) todo concurrente intencional a la operación. Del mismo modo será castigada toda persona que, obtenido el permiso ministerial con determinada condición, viole o coadyuve a violar esa condición. El rigor del nuevo régimen recuerda la legislación canadiense, pero no cabrá enjuiciamiento criminal en Inglaterra o País de Gales si no es con el asentimiento del Director de Enjuiciamiento Público (Director of Public Prosecutions), ni en Irlanda del Norte sin el permiso del Fiscal General para Irlanda del Norte.



1000

Décimo.- Expuestas las disposiciones sustantivas, se impone una breve referencia a los preceptos relativos a la estructura y facultades de la Comisión de Monopolios, por tratarse de pieza clave del mecanismo.

La Comisión tiene un mínimo de cuatro y un máximo de veinticinco miembros "regulares", nombrados por el Ministerio de Comercio, sin perjuicio de que éste pueda, cuando lo estime conveniente, nombrar nuevos vocales. Los miembros "regulares" desempeñarán su cargo por el tiempo que el Ministerio considere apropiado, sin perjuicio de reelegibilidad, incluso al cumplir la edad de retiro. Sin embargo, la Ley (Tabla I) ha puesto dos límites : nadie podrá ser designado vocal por plazo superior a siete años; en compensación, el primer nombramiento de una persona determinada como vocal "regular" no será inferior a tres años. Por otra parte, el Ministerio podrá declarar vacante el puesto de todo vocal que, a su juicio, esté incapacitado para seguir en el cargo o ejercitar sus funciones.

La Comisión tendrá a su cabeza un Presidente (chairman) designado entre los vocales "regulares" nombrados por el Ministerio de Comercio, el cual elegirá asimismo tres Vicepresidentes, como máximo, entre aquellos miembros. El Presidente y los Vicepresidentes no ejercerán durante plazo fijo ni cesarán por la expiración de su mandato como vocales, si bien -- abandonarán su puesto al término del año en que cumplan la septentena. Sin embargo, podrá el Ministerio de Comercio, mediante comunicación escrita expedida con antelación no inferior a treinta días ni superior a doce meses respecto al momento teórico del cese, prorrogar el mandato hasta dos años.

La Comisión tendrá un secretario designado por ella misma con el visto bueno del Ministerio, así como los funcio-

narios y empleados que ella misma designe, igualmente con el consentimiento gubernamental

c') Crítica de la Ley.— En primer término es de elogiar la amplitud y, a la vez, el detalle con que el legislador ha concebido la definición jurídica de la concentración, aunque el estilo de las cláusulas resulte prolijo y aún indigesto.— Con criterio riguroso se evita que las compañías acudan a procedimientos determinados de aglutinamiento para soslayar la aplicación del texto. En segundo lugar, es también laudable el pragmatismo flexible y realista en que se inspira el artículo 6º, al incorporar como módulo de posible perjuicio al interés general no sólo "la regla del tercio" del mercado, sino la cifra absoluta de los cinco millones de libras en activos, con lo que, como puso de relieve el Ministro de Comercio en la discusión del proyecto (276), se hacía posible perseguir las concentraciones verticales y diversificadoras, además de las horizontales. Estas declaraciones han sido blanco de críticas procedentes, casi todas, de los medios financieros y de la alta industria, las cuales, con irreprochable lógica formal, han apuntado que el hecho de que una gran firma adquiriera una empresa de sector completamente distinto al suyo no supone en absoluto peligro de monopolio o dominio del mercado, aunque la adquirida tenga más de cinco millones de libras de activo. Sin embargo, ya hemos señalado cómo la jurisprudencia norteamericana ha llegado razonadamente a la conclusión de que, a pesar de todo, amenaza el peligro de restricción de la competencia a más o menos largo plazo, y en todo caso, los gobiernos tienden hoy a englobar las fusiones verticales y conglomeradas dentro de su política de estructu

---

(276) Citado por NICOLAS A.H. STACEY, op.cit., pág.78

ras de mercado. De cualquier modo, es muy posible, como sugieren algunos comentaristas (277), que el Gobierno laborista reconociera la validez del reparo al establecer (artíc.6º párrafo 3) la posibilidad de que el Ministerio de Comercio modifique por ordenanza el límite de los cinco millones (a reserva de anulabilidad por el Parlamento), si bien sólo podrá afectar esa ordenanza a las operaciones no trasladadas a la Comisión.

Ahora bien, donde se ha centrado el análisis valorativo de la Ley, y con razón, es en el carácter, más político que jurídico, del sistema montado. En realidad no podía ser diferente, en consideración a que los laboristas habían hecho de la "racionalización" de estructuras empresariales con vistas al fomento de la exportación y a la renovación tecnológica su plataforma electoral y de que, apenas instalados en Downing Street, instituyeran la Industrial Reorganization Corporation (I.R.C.) con la misión específica de concentrar todas las empresas más o menos atomizadas y sumidas en estancamiento o amenazadas de crisis estructural. En este marco, la Ley de 1965 no tenía por qué ser una cruzada contra la concentración en nombre de la libertad de competencia sino sólo un freno de actos fusionistas no justificados por necesidades de estrategia comercial o de modernización. Pues bien, la mejor garantía de que la política anti-monopolio no estorbaba la acción simultánea de concentración, públicamente disfrazada con el eufemismo de "reorganización", residía, a juicio de los redactores del proyecto, en que la autoridad responsable fuese un departamento del Gobierno. De ahí que

---

(277) Por ejemplo, STACEY, ibidem.

la Ley no encomendara al Registrador de Prácticas Restrictivas, órgano neutral, la misión de resolver si un caso concreto de concentración parece afectar al interés general ni siquiera a la Comisión de Monopolios, que era lo recomendado - tanto por el informe Poole y el Libro Blanco conservador como por los estudios de la Sociedad Fabiana y del Congreso de Sindicatos. Se ha preferido confiar esa responsabilidad al - Ministro de Comercio, es decir, a un miembro del equipo go - bernante, ayuno, como tal, de la neutralidad técnica y objetiva que debe inspirar esa clase de pronunciamientos.

Otro punto, a fin de cuentas corolario del precedente, es la indeterminación, la falta de criterios concretos, - salvo los módulos, por sí solos formalistas e insuficientes, del "tercio del mercado" y de los "cinco millones de activos", para distinguir de las buenas concentraciones las malas. Por otra parte, la vaguedad e insuficiencia de precisión llega - al punto de que el artículo 6º ni siquiera habla, como la - ley americana o canadiense, de "restricción de la competen - cia", sino que únicamente se refiere a la noción de "interés público". Ahora bien, ¿en qué consiste el interés público? No se indican pautas ni módulos para identificarlo, omisión - tanto más lamentable cuanto que cualquier objetivo general - de la política económica cabe bajo esa advocación. Es - perfectamente concebible que en un caso concreto de fusión - la salvaguardia de la competencia efectiva o de la libertad - de competencia en el futuro aconseje prohibir la operación, y que, en cambio, la defensa y fomento de las exportaciones - británicas aconseje la concentración ideada. ¿Cuál será la - consideración preponderante? Todo dependerá del peso propor - cional que cada Gabinete atribuye a uno u otro objetivo, lo - cual sembrará desconcierto, o cuando menos incertidumbre, en

el ánimo de las grandes empresas, y ya vimos cómo el Gobierno laborista, al crear la Corporación de Reorganización Industrial (278) al mismo tiempo que dictó la ley de Monopolios y Fusiones, parecía cifrar el interés general en la formación de grandes establecimientos tanto como en la lucha contra los monopolios, si no más aún.

La ausencia de criterios definidos prefigura peligros de fricción entre la Administración y las empresas en la aplicación de la ley a supuestos dudosos o difíciles de enjuiciar, pues, como acertadamente razonan algunos detractores (279), siempre cabe la posibilidad de que un proyecto de terminado constituya un caso-límite desde la óptica legal; en estas circunstancias es razonable pedir a los hombres de negocios que suministren información detallada sobre la vida interna de sus empresas al Ministerio de Comercio, cuando no es éste siquiera capaz de prever el influjo probable de la operación sobre la estructura del mercado y la tensión competitiva del sector? Admitida la desconfianza y recelo instintivo de los empresarios frente a la Administración, mucho más cuando fiscaliza o investiga el mecanismo de los negocios, es de temer que las firmas no presten al Gobierno la colaboración que probablemente ofrecerían a una figura neutra y autónoma como el Registrador de Prácticas Restrictivas.

Discutible nos parece también que la Ley haya confiado al Parlamento tantas prerrogativas para la revisión de las ordenanzas dictadas por el Ministerio de Comercio en la aplicación del texto, pues si desde el punto de vista constitucional esa revisión garantiza el ejercicio por las Cáma

---

(278) Disuelta por el nuevo Gabinete conservador en 1970.

(279) STACEY, op.cit., pag. 79.

ras de su derecho de control sobre el Poder Ejecutivo, y - con mayor razón aún en Inglaterra, cuna del parlamentarismo, en cambio desde el ángulo funcional supone el riesgo - de que una asamblea numerosa, más política y menos técnica aún que el Gobierno, se entrometa a enjuiciar casos concretos según el dictado mudable de la oportunidad de cada día o de sus inclinaciones partidistas. Bien es verdad que la disciplina de partido inherente a las Cámaras británicas, - sobre todo en los Comunes, así como su tradición de unanimidad en el tratamiento de cuestiones técnicas, parecen disipar toda inquietud, mas el reparo es válido en principio. Lo correcto habría sido, a nuestro juicio, reservar la facultad de fiscalización parlamentaria exclusivamente a las ordenanzas que con carácter genérico dicte el Ministerio de Comercio, por ejemplo las que acuerden la variación del módulo de los "cinco millones", y no supeditar a la aprobación de entrambas Cámaras una orden individual de desposesión de activos o acciones o la prohibición de un acto concentrador, pues nada garantiza que el Parlamento adopte en el futuro la misma actitud frente a casos análogos. Se podría objetar que también adolece de este inconveniente la solución judicial, como han demostrado los vaivenes de la jurisprudencia en los Estados Unidos, pero tratándose de asambleas políticas el peligro es máximo.

Obligatorio es que señalemos aciertos técnicos de detalle. Así, considerar o tratar (artículo 7º, párrafo 7) - como operación única a los efectos de posible investigación las sucesivas operaciones concentradoras ejecutadas o concertadas por una empresa dentro de un período de dos años, cuando a consecuencia de la última de ellas se sobrepase el umbral del "tercio del mercado nacional" o de los "cin-

referencia para la valoración del activo no la cifra bruta-global, sino el activo neto según balance, o sea, la cantidad que resulta (artíc. 7º, párrafo 8) de restar del valor-teórico contable las sumas dedicadas a la amortización o a la reposición y las mermas de valor.

Agreguemos, por fin, que el régimen de control - - preventivo liso y llano previsto para las concentraciones - de periódicos en que las empresas protagonistas lancen juntas una tirada media de quinientos mil ejemplares al día, - nos parece, a pesar de su rigorismo, más lógico y aplicable que el del resto de la industria.

d') El procedimiento de aplicación de la Ley.- Exponemos - seguidamente el iter procesalis usual, distinguiendo por orden cronológico dos fases : la investigación previa por el-Ministerio de Comercio y la investigación e informe por la-Comisión de Monopolios.

Respecto a la etapa ministerial, se trata de una - investigación normalmente detenida y aún prolija(280). La - Administración escruta todas las operaciones o proyectos - que, por su envergadura, le parecen incursas en los supuestos de la Ley. Las compañías no tienen obligación de notificar al Ministerio sus actos de concentración, pero es meridiano que las grandes fusiones y absorciones, y, desde - luego, las que importan cinco millones de libras, se publican y comentan abundantemente en la prensa financiera. Puede, por otra parte, suceder que las partes busquen motu proprio el consejo previo de la Administración, si tienen dudas sobre la legalidad del acto, y el Ministerio no suele tener -

---

(280) Ver la publicación "Mergers" del propio Departamento págs. 7-24, HMSO 1969.

inconveniente en dispensar confidencialmente su asesoramiento. En cuanto al plazo necesario para el examen preliminar de una concentración, la legislación impone virtualmente al Ministerio un límite de seis meses, según se deduce del artículo 6º. En la práctica, el tiempo necesario depende de las circunstancias de cada caso, y será evidentemente más largo en el supuesto de una operación de envergadura. Son factores determinantes la rapidez con que las firmas presenten la información que el Ministerio necesite y la duración del trámite de comentarios y observaciones por los posibles interesados. Sin embargo, la experiencia demuestra que el noventa por cien de los asuntos se han sustanciado en tres semanas y el setenta y cinco por cien a las dos semanas del anuncio o notificación de la fusión.

Tan pronto como llega a su conocimiento el proyecto presuntamente incurso en las circunstancias de la Ley, el Ministerio toma contacto con los asesores financieros que gestionan la operación por cuenta de las firmas protagonistas, para entrevistarse con ellos, o con las compañías mismas, sin esperar a que una de ellas formula oferta o anuncio en regla. En el supuesto de una oferta de compra que encuentre resistencia en la firma adquirible, la Administración se entrevista separadamente con cada una de las sociedades, pero cuando hay acuerdo entre ellas sobre la oferta pública de compra, la Administración prefiere reunirse con todas. Pretenden estas reuniones la obtención de datos susceptibles de concretar la posición de las firmas en el mercado y su grado de influencia en la tensión competitiva, así como invitar a las mismas a que, si no tienen inconveniente, opinen sobre las consecuencias previsibles de la operación desde el ángu-



lo del interés público. Además, el Ministerio suele ponerse al habla con los principales clientes, proveedores y competidores de los protagonistas para conocer su opinión.

Veamos las interrogantes que el Ministerio de Comercio se plantea y que trata de resolver mediante el trámite descrito. Evidentemente, lo primero que la Administración debe comprobar es si la fusión proyectada se aloja en uno de los dos supuestos cuantitativamente definidos por la ley. Por lo tanto, el paso inicial consiste normalmente en calcular el valor de los activos netos de la firma adquirible o, en su caso, de las que van a ayuntarse, para lo cual la referencia fundamental es el último balance publicado, así como la suma de activos circulantes, activos fijos y estimación de la clientela, en los casos en que proceda. Si la cifra así obtenida no llega a los cinco millones de £, el Ministerio indaga, basándose en las estadísticas oficiales por valor o por volumen correspondientes al sector de que se trate, cuál es la proporción del mercado del Reino Unido que representan las firmas fusionantes. Se prefiere llegar a un resultado exacto restando de la producción las exportaciones y sumando lo que se importa, pero cuando las cifras no están disponibles, el Ministerio se basa provisionalmente en la producción doméstica. También se acude, cuando es factible, a estadísticas de la misma índole relativas a cada una de las empresas; a falta de estadísticas precisas, la Administración se contenta con estimaciones aproximadas, por ejemplo las contenidas en prospecciones y estudios de mercado.

Si no se cumple ninguna de las circunstancias definidas por la Ley, se abandona la encuesta; si, por el contrario, se da una de ellas, la Administración emprende una-

investigación completa de las firmas, del sector en que operan y de la probable incidencia del acto proyectado. Concretamente los puntos que el Ministerio suele examinar son:

- 1) En cuanto a las compañías, la magnitud de sus datos básicos; volumen de ventas, desglose de este volumen por productos, exportaciones; localización de sus fábricas y número de trabajadores; identidad de los principales clientes y proveedores; proporción en que las empresas sean propiedad británica y si tienen lazos de consideración con sociedades internacionales, por contratos de distribución o fabricación en común, de asistencia técnica o de cesión de patentes;
- 2) En cuanto al sector o mercado donde operan los protagonistas, la gama de productos afectada por la operación, la estructura del mercado, es decir, si se enfrentan en él muchas firmas de pequeña dimensión o un reducido número de empresas de gran tamaño; la disponibilidad o no de productos sustitutivos fabricados por las firmas fusionantes; el grado de intensidad de la competencia extranjera, y la eventual existencia de acuerdos internacionales en el sector;
- 3) En cuanto al proyecto mismo, los motivos declarados por los protagonistas, las intenciones de éstos en la ejecución de las operaciones, especialmente en lo que se refiere a la necesidad eventual de cerrar algunas fábricas y despedir a una parte de la plantilla; indicación de si la operación participa de planes más vastos; estado a que hayan llegado, en su caso, las negociaciones u ofertas de concentración, y fecha aproximada en que se prevea definitivamente la oferta solemne.

Como fácilmente se advierte, la última parte del repertorio consiste en puntos que poco o nada tienen que ver con el problema de la competencia stricto sensu. Nuevamente-

se advierte el enfoque ambivalente, o más bien ambiguo, adoptado por la Administración : por un lado, se pretende saber si la concentración en ciernes es beneficiosa comercial o técnicamente, y por otro, se trata de aquilatar su posible incidencia en el equilibrio de fuerzas del mercado. De ahí que el Ministerio procure sopesar en su balanza crítica las ventajas técnicas y comerciales y la inevitable restricción de competencia. Ahora bien, los aspectos concretos que la Administración analiza dependen íntimamente de la dimensión de las compañías y sobre todo del tipo de concentración: horizontal, vertical o conglomerada. La mayoría, aproximadamente el ochenta por ciento, de las operaciones investigadas hasta ahora por el Ministerio de Comercio, ha sido de índole horizontal; por eso explayaremos en primer término los criterios de análisis utilizados para ellas, sin perjuicio de advertir que muchas cuestiones suscitadas por una fusión horizontal son también aplicables a las operaciones verticales y conglomeradas.

Los puntos que examina el Gobierno en materia de ayuntamientos horizontales pueden agruparse en cinco epígrafes : poder de mercado, eficiencia, balanza de pagos, política de desarrollo regional y desempleo y varios, enunciado que confirma el diagnóstico de dualismo y bipolaridad. El primer apartado responde a la preocupación antimonopolística; los demás, únicamente a consideraciones de fortaleza industrial y de equilibrio social. En cuanto al poder de mercado, único aspecto que nos interesa, se plantean las interrogantes siguientes :

- 1) Sobre el origen o causa de la operación, ¿se trata de una reacción de defensa ante una posible oferta de compra o de absorción bursátil por un tercero? ¿O se está simplemente

te ante una operación inspirada por móviles financieros? ¿O bien se pretende eliminar la competencia y rivalidad que opera entre los protagonistas?

- 2) En punto a estructura de la industria y a la demanda de los productos que producen las firmas implicadas, ¿cuáles son las expectativas de la demanda para los productos de las firmas en cuestión? ¿Es la firma absorbida o comprada una firma desfalleciente, con pocas probabilidades de subsistir por sí sola? ¿Está cambiando el número total de empresas en la industria? ¿Son previsibles más concentraciones a juzgar por el tamaño y el carácter de las firmas restantes? ¿Cómo evoluciona la proporción del mercado representada por las compañías fusionantes? ¿Está alguna de ellas expandiendo su participación en las ventas totales mediante una serie de adquisiciones societarias? ¿Ha estado alguna de las dos firmas ganando terreno o, por el contrario, perdiéndolo como resultado de las condiciones existentes de competencia?

- 3) En cuanto a los efectos previsibles de la operación en la estructura de la industria y en el índice de tensión competitiva, la Administración se pregunta : ¿cuál es el grado de coincidencia entre los protagonistas en cada categoría de productos? ¿Cuáles son las proporciones del mercado normalmente cubiertas por los competidores? ¿Supone la adquisición un avance hacia el mayor "grado de monopolio" o es, por el contrario, ligero el cambio resultante en las proporciones de referencia (menos, por ejemplo, del cinco por ciento)? -- ¿Qué pruebas hay de conductas caracterizadamente oligopolísticas (p.ej.: "liderazgo" de precios) ?

- 4) En cuanto a la reducción que el número de competidores acarreará al grado de tensión del mercado, y a la mayor o menor facilidad de acceso al mismo, se investiga si las mercan

cías fabricadas por las firmas que se concentran se venden fundamentalmente a otras industrias o a los consumidores - finales; el volumen de la competencia representada por las importaciones y la evolución de éstas; el nivel de protección arancelaria; la envergadura y poder de los clientes y si esperan o no verse desfavorablemente afectados, en punto a precios o a volumen de suministro, por el acto aglutinante; la escala de inversión en capital (o de gastos de investigación y desarrollo) que otras firmas necesitarían para entrar en los mercados de referencia; si el acceso al mercado requiere gastos importantes de publicidad y promoción, y cuántas firmas entraron en el mercado en los últimos años; la importancia de los productos sustitutivos de primer y de segundo grado, y, por fin, si existen o no factores tecnológicos (productos novedosos o técnicos de manufactura) susceptibles de alterar las condiciones de la competencia a corto plazo.

Por lo que se refiere a los ayuntamientos verticales, así como a los conglomerados, el Ministerio de Comercio adopta prácticamente el mismo planteamiento en materia de balanza de pagos, desarrollo regional y desempleo - resultante de la operación; en cambio, introduce matices concretos en cuanto a competencia y eficacia. En el epígrafe de competencia, las interrogantes adicionales son: ¿Qué importancia tendrá la firma resultante como proveedor o, en su caso, como cliente de sus rivales? ¿Qué envergadura -- tienen los clientes o, en su caso, los consumidores de la firma aglutinada? ¿Temen que las discrimine el grupo que se va a constituir? ¿Implica la concentración el dominio de empresas distribuidoras importantes? ¿Está concebida -

la integración vertical con el designo de excluir la competencia representada por las importaciones? ¿Cuál va a ser el efecto de la aglutinación respecto a la mayor o menor facilidad de acceso de terceras empresas a uno cualquiera de los sectores donde operan las protagonistas? ¿Hará ese aglutinamiento más difícil la entrada de una firma nueva que no esté a su vez verticalmente integrada?

En cuanto a las concentraciones mixtas o conglomeradas, he aquí los problemas específicos que se imponen a la atención del Ministerio investigador :

- 1) Motivos de la operación : ¿Son puramente financieros? ¿Se trata de alcanzar un tamaño mayor o de mantener o incluso aumentar el margen de beneficio del conglomerado? ¿O bien de una defensa frente a una posible absorción?
- 2) Beneficios que cabe esperar para el interés público : - ¿Va el acto aglutinante a lograr que un conglomerado dinámico y próspero entre en un mercado deprimido o en un sector estancado? ¿Es de esperar que el conglomerado se enfrente a una firma monopolística o a un oligopolio sólidamente establecido? ¿O bien cabe la esperanza de que el conglomerado se proponga disponer a pleno rendimiento de recursos o activos hasta entonces infrautilizados?
- 3) Cuestiones de eficiencia técnica, que renunciemos a explicar en detalle, por las mismas razones que a propósito de las operaciones horizontales.
- 4) ¿Tenderá el tamaño mayor del conglomerado a reforzar posiciones monopolísticas ya existentes en determinadas industrias?
- 5) ¿Impedirá la formación del nuevo grupo mixto una reorganización horizontal deseable en uno o más sectores de la -

industria?

Expuestas las cuestiones que el Ministerio de Comercio examina, señalemos diversos aspectos procesales. Normalmente es la Sección Económica (General) núm. 2 el órgano encargado de la encuesta, si bien a menudo se realiza la investigación, sin perjuicio de mantener reservadas las informaciones confidenciales de las empresas, en colaboración con el departamento competente en el sector de referencia y con toda oficina gubernamental que pueda estar interesada -- como cliente sustancial de las empresas protagonistas o reguladora de una industria nacionalizada que sea, a su vez, -- el cliente de esas firmas, y en el supuesto de una absorción en ciernes por una compañía extranjera, lo probable es que intervenga asimismo el Control de Cambios.

Concluida la investigación preliminar, se presentan los resultados a una Junta interdepartamental permanente para Fusiones, presidida por uno de los segundos Secretarios del Ministerio, Junta que se compone de representantes del Ministerio y del Departamento de Asuntos Económicos, así como de los departamentos competentes en materia de producción y otros interesados directamente en el caso. La Junta tiene que formular su opinión sobre si es o no deseable dar traslado a la Comisión, dictamen que constituye la base de una recomendación al Ministerio. El procedimiento ha hecho posible que se defina una línea congruente de enfoque de -- las concentraciones, gracias a la experiencia obtenida en -- buen número de episodios.

El Ministerio no posterga ni demora el anuncio de su decisión de dar o no traslado a la Comisión hasta que se alcance una fase concreta en el proceso de una oferta de --

compra o absorción; es incluso frecuente que haga el anuncio antes de que se formule oferta en regla a los accionistas de la sociedad cuya adquisición se pretende. El Ministerio procura, en todo caso, comunicar su decisión antes de que la oferta sea incondicional, para evitar complicaciones y su fórmula es, en caso negativo, la siguiente: "El Ministerio de Comercio no tiene el propósito, a la vista de la información disponible hasta el momento, de trasladar la fusión proyectada (the proposed merger) entre A y B a la Comisión de Monopolios". Dicta las palabras "a la vista de la información disponible hasta el momento" con el ánimo de dejar a salvo la facultad legal del Ministerio, hasta que transcurran seis meses desde la consumación del acto concentrador de acordar la remisión del caso, a la Comisión si durante ese lapso de medio año llega a conocimiento del Ministerio algún hecho nuevo. Sin embargo, hasta ahora no se registró ningún caso.

En el supuesto de que los protagonistas soliciten al Ministerio asesoramiento confidencial, no cabe, naturalmente, anuncio público de la decisión de no dar traslado a la Comisión, pero tampoco puede el Ministerio dar a las compañías respuesta tan lacónica y neutra.

Normalmente se escribe una carta con la fórmula: "Mientras el proyecto de fusión sea confidencial, el Ministerio de Comercio carece necesariamente de información completa, incluyendo la reacción de las demás empresas, y no puede, por lo tanto, expresar una opinión definida sobre la cuestión del traslado a la Comisión de Monopolios, si bien, por los datos que en el momento obran en su poder, parece improbable que la fusión proyectada sea objeto de remisión...". De hecho el Departamento de Comercio no ha juzgado nunca necesario modificar su punto de vista originario



con motivo de proyectos confidenciales.

Al anunciarse la decisión ministerial, no se exponen las razones en que se funda, omisión que ha sido bastante criticada. Sin embargo, la costumbre está justificada en el supuesto de fusiones que se acuerda transmitir a la Comisión, ya que la publicación de esos fundamentos sería susceptible de prejuzgar en cierto modo el enfoque de la Comisión. Si la resolución es negativa, o sea, si se acuerda no remitir el asunto a estudio, la justificación no parece clara y tiene el grave inconveniente de que priva al público, y más aún a los hombres de negocios, de la oportunidad de conocer, siquiera aproximadamente, los criterios interpretativos por los que se rige la Administración.

No es infrecuente que el Ministerio anuncie que no remitirá el caso a la Comisión, considerando que las empresas han dado seguridades suficientes desde la óptica del interés general. Efectivamente, se aceptan a menudo garantías determinadas cuando se refieren a las consecuencias previsibles de la operación. Ahora bien, como enseguida comprobaremos, ninguna de las garantías o seguridades que suele exigir el Ministerio dice relación al problema de la libertad de competencia en el mercado; en efecto, se citan corrientemente como materias típicas de garantía las siguientes : consultas adecuadas con los sindicatos y cooperación con el Departamento de Empleo y Productividad en el tratamiento de cualquier problema de relaciones industriales, incluyendo el desempleo resultante, por razones técnicas, del ayuntamiento de empresas; publicación periódica por las sociedades fusionadas de contabilidad separada, cuando la Administración considere necesario que el --

compra o absorción; es incluso frecuente que haga el anuncio antes de que se formule oferta en regla a los accionistas de la sociedad cuya adquisición se pretende. El Ministerio procura, en todo caso, comunicar su decisión antes de que la oferta sea incondicional, para evitar complicaciones y su fórmula es, en caso negativo, la siguiente : "El Ministerio de Comercio no tiene el propósito, a la vista de la información disponible hasta el momento, de trasladar la fusión proyectada (the proposed merger) entre A y B a la Comisión de Monopolios". Dicta las palabras "a la vista de la información disponible hasta el momento" con el ánimo de dejar a salvo la facultad legal del Ministerio, hasta que transcurran seis meses desde la consumación del acto concentrador de acordar la remisión del caso, a la Comisión si durante ese lapso de medio año llega a conocimiento del Ministerio algún hecho nuevo. Sin embargo, hasta ahora no se registró ningún caso.

En el supuesto de que los protagonistas soliciten al Ministerio asesoramiento confidencial, no cabe, naturalmente, anuncio público de la decisión de no dar traslado a la Comisión, pero tampoco puede el Ministerio dar a las compañías respuesta tan lacónica y neutra.

Normalmente se escribe una carta con la fórmula : "Mientras el proyecto de fusión sea confidencial, el Ministerio de Comercio carece necesariamente de información completa, incluyendo la reacción de las demás empresas, y no puede, por lo tanto, expresar una opinión definida sobre la cuestión del traslado a la Comisión de Monopolios, si bien, por los datos que en el momento obran en su poder, parece improbable que la fusión proyectada sea objeto de remisión... ". De hecho el Departamento de Comercio no ha juzgado nunca necesario modificar su punto de vista originario

con motivo de proyectos confidenciales.

Al anunciarse la decisión ministerial, no se exponen las razones en que se funda, omisión que ha sido bastante criticada. Sin embargo, la costumbre está justificada en el supuesto de fusiones que se acuerda transmitir a la Comisión, ya que la publicación de esos fundamentos sería susceptible de prejuzgar en cierto modo el enfoque de la Comisión. Si la resolución es negativa, o sea, si se acuerda no remitir el asunto a estudio, la justificación no parece clara y tiene el grave inconveniente de que priva al público, y más aún a los hombres de negocios, de la oportunidad de conocer, siquiera aproximadamente, los criterios interpretativos por los que se rige la Administración.

No es infrecuente que el Ministerio anuncie que no remitirá el caso a la Comisión, considerando que las empresas han dado seguridades suficientes desde la óptica del interés general. Efectivamente, se aceptan a menudo garantías determinadas cuando se refieren a las consecuencias previsibles de la operación. Ahora bien, como enseguida comprobaremos, ninguna de las garantías o seguridades que suele exigir el Ministerio dice relación al problema de la libertad de competencia en el mercado; en efecto, se citan corrientemente como materias típicas de garantía las siguientes : consultas adecuadas con los sindicatos y cooperación con el Departamento de Empleo y Productividad en el tratamiento de cualquier problema de relaciones industriales, incluyendo el desempleo resultante, por razones técnicas, del ayuntamiento de empresas; publicación periódica por las sociedades fusionadas de contabilidad separada, cuando la Administración considere necesario que el --

público compruebe cómo la fusión ha afectado a cada una de ellas; en el supuesto de compra o adquisición de una firma inglesa por otra extranjera, compromiso de que se mantendrán las exportaciones de la compañía adquirida y de que no se trasladará la actividad fabril del Reino Unido a filiales de otras naciones, y por último, promesas de que se atenderá a la política gubernamental de equilibrio y desarrollo regional. Como se ve, ninguna de estas facetas tiene propiamente que ver con el mantenimiento de un grado razonable de tensión competitiva en el mercado, o, en el supuesto de que esto no sea posible por tratarse de un monopolio, con el mantenimiento de precios, volúmenes de suministro y niveles de calidad lo más cercanos posible a la situación de libre competencia. Bien es verdad que es más difícil ofrecer seguridades en punto al comportamiento general de una firma o de un grupo de empresas, que ofrecerlas en relación con puntos o aspectos concretos, pero de todas maneras es manifiesto que al Gobierno británico no le preocupó mayormente, por lo menos, bajo la etapa laborista, el problema de emulación y lucha entre los oferentes, sino un conjunto de cuestiones de política tecnológica, laboral y comercial.

Expuesta la etapa gubernativa, explanemos la fase de la Comisión. La Ley de 1965 ha restablecido una novedad introducida por una ley de 1953 y derogada por otra de 1956, a saber, la posibilidad de que el Presidente nombre, para investigación e informe de un caso determinado, un grupo o ponencia restringida entre los vocales, con lo cual el procedimiento gana en agilidad y rapidez. Concretamente, la nueva ley prevé que los grupos tendrán cinco miembros y sus actos y providencias la misma consideración que si emanaran

del Pleno, con la única excepción, como es natural, del informe o dictamen, que será un documento <sup>interna</sup> interno, comparable, mutatis mutandis, al informe de la Ponencia de una Comisión parlamentaria, si bien el grupo tendrá que sujetarse a las instrucciones y directrices generales o especiales que el Presidente tenga a bien impartirle. El Presidente podrá también designar a un Presidente entre los miembros del grupo. Los de la Comisión podrán ser invitados por el Presidente de cualquier grupo a presenciar las deliberaciones, incluso a hacer uso de la palabra en ellas, pero no a votar ni a formular votos particulares. El grupo será, por otra parte, competente para determinar el quorum, y por fin, su Presidente tendrá voto de calidad en caso de empate.

Tan pronto como la Comisión recibe del Ministro de Comercio el encargo de examinar una concentración, el Presidente nombra un grupo de trabajo, según lo explicado. En caso de fusión de empresas periodísticas tiene el Ministerio la facultad de designar a tres, cuatro o cinco personas como miembros adicionales de la Comisión entre un elenco (panel) "mantenido con este objeto" (Tabla I, párrafo 12), y estos vocales adicionales formarán parte automáticamente del grupo nombrado. Las compañías protagonistas son requeridas inmediatamente a presentar una declaración escrita que en un plazo, por lo general, de diez días deberá describir las razones y circunstancias de la operación, así como esbozar la historia de la empresa y subrayar todo elemento de juicio pertinente. La Comisión tiene, además, plenos poderes para examinar los libros de contabilidad y la correspondencia comercial de los protagonistas, así como para citar testigos y tomarles declaración bajo juramento. En la práctica, sin embargo, utiliza lo menos posible sus fa -

cultades coercitivas y acostumbra a conseguir la cooperación voluntaria de las empresas. En cuanto reciba las declaraciones, el grupo competente deberá convocar audiencia a puerta cerrada, a la que invitará preceptivamente a los protagonistas. Además, se suele enviar una carta a cada uno de los distribuidores o consumidores de los artículos fabricados por las declarantes, para que testifiquen. Normalmente, las personas cuyo testimonio parece de especial importancia son citadas en audiencias diferentes. El objeto fundamental de este trámite es aclarar todos los puntos oscuros en las declaraciones escritas (de ahí su denominación técnica de "clarification hearing") y obtener un acuerdo total sobre las materias en las que vaya a basarse el informe definitivo de la Comisión.

La etapa siguiente consiste en la llamada "vista de interés público" (public interest hearing), en la cual se entabla un debate entre los fusionantes, el grupo ponente y eventualmente otras empresas presuntamente interesadas sobre los efectos previsibles de acto proyectado. Lo normal es que los protagonistas comparezcan por medio de sus respectivos abogados, y que para ayudarles a preparar su defensa el grupo les entregue antes una "nota de interés público" (public interest letter), en que se exponen las conclusiones provisionales sobre los hechos y se alude a ciertos puntos en que la fusión puede ser considerada contraria al orden público económico. Es frecuente que la convocatoria se utilice también para explorar la posibilidad de salvaguardias o seguridades suficientes por parte de las firmas investigadas. Algunas compañías prefieren, por otra parte, presentar observaciones por escrito sobre las posibles incidencias de interés público antes de convocarse la

vista. Puede acontecer, y acontece a menudo, que la Comisión escuche críticas adversas al proyecto procedentes de los distribuidores o consumidores que se juzgan perjudicados. Si los reproches le parecen graves, los comunica en la "nota de interés público" al asesor de las fusionantes, indicando el nombre del objetante, salvo si éste se ha opuesto a la divulgación de su nombre.

Después de manifestar las firmas fusionantes lo que en su defensa tenga a bien, el grupo de trabajo somete su ponencia al Pleno, en cuyo seno el quorum será "no menos de dos tercios" del número total de vocales (Tabla II, párrafo 10). Finalmente, se aprueba y remite el informe al Ministerio de Comercio. La estructura del documento se ajusta a reglas sencillas y uniformes: los primeros capítulos a la descripción de las firmas, a su desarrollo y a las actividades que realiza en ese momento; a continuación, un resumen de la operación tal como la conciben y proyectan los protagonistas, y de los argumentos expuestos a favor, así como, en su caso, de los argumentos en contra. Seguidamente la Comisión enuncia sus conclusiones, primero las relativas a los hechos (es decir, si se dan o no los módulos o criterios conforme a los cuales el Ministerio le dió traslado del caso) y luego las atinentes a las cuestiones de "interés público", para terminar pronunciándose acerca de si la operación lesiona o es susceptible de lesionar el interés general. En caso afirmativo, la Comisión podrá hacer recomendaciones para remediar o prevenir los perjuicios previsibles.

#### c) La aplicación de la Ley de Monopolios y Fusiones.

Analizaremos sucesivamente el número aproximado de operaciones examinadas por el Ministerio de Comercio en

tre 1965 y 1970, es decir, en el primer quinquenio de vigencia del texto legal; las operaciones que el Ministerio decidió trasladar a la Comisión y las medidas adoptadas por el Gobierno en virtud de los informes de la Comisión y por último la consiguiente impresión de conjunto.

a') Número de operaciones examinadas por el Ministerio de Comercio.- En los últimos años de la década 1960-1970 aumentó el número de amalgamas a ritmo aparatoso, aunque no alarmante. Según las estimaciones de la Sección de Estadística del propio Ministerio, que se publican en el Boletín del Departamento, ya en 1968 hubo en el Reino Unido 638 operaciones de convergadura, donde las empresas adquirentes contaban activos netos de medio millón de libras esterlinas o más, o ingresos de cincuenta mil libras, y es muy probable que la cifra total de fusiones de ese mismo año llegara a más del millar (según otras estimaciones, superó con muchas dos mil). El Ministerio de Comercio examinó aproximadamente el diez por ciento, porcentaje considerable en atención a los medios de que dispone.

La siguiente tabla, confeccionada igualmente por el Ministerio para los años 1965 a 1968, nos da idea de la labor realizada (281) en punto a firmas con más de cinco millones de activos netos o con el tercio de la producción nacional:

<u>Año</u>	<u>Casos anuales</u>	<u>Activos</u>
1965	48	431 M £
1966	58	566 "
1967	93	869 "
1968	119	1.992 "
<b>T O T A L .....</b>	<b>318</b>	<b>3.858 M £.</b>

El total de activos netos, dividido por el de --

(281) Mergers, págs.25-27; las cifras de 1968, que se desglosan en trimestres, hemos preferido darlas globalmente para hacer la lectura más cómoda y más rápida.



operaciones estudiadas, arroja un cociente medio de 12,13 millones de libras por concentración, o sea, bastante más del doble del límite mínimo de cinco millones fijado por la Ley. Señalemos, además, que en la tabla no figuran 23 proyectos de fusión de periódicos, 12 fusiones bancarias y otras 12 de sociedades constructoras, de tal modo que en realidad el total no debería ser 318 en rigor, sino 365, lo que supone una media de ochenta concentraciones analizadas anualmente en los servicios de investigación del Gobierno. Sin embargo, no todas las amalgamas empresariales adicionadas en las columnas anteriores se consumaron; la estadística versa sobre proyectos de fusión (proposed mergers), no sobre las efectivas (actual mergers). Así, en el segundo semestre de 1968 se escrutaron 55 proyectos, que en total suponían 1.422 millones de libras de activos; pues bien, 7, que importaban 464 millones, no se concretaron, ora porque la entidad interesada retiró su oferta de compra, ora porque la presunta absorbida se opuso con éxito a la tentativa, disuadiendo a sus accionistas de aceptar la propuesta. En conjunto, el Ministerio calcula aproximadamente que una de cada cinco concentraciones no se efectúa.

Los años 1969 y 1970 han acusado notable disminución del número global de fusiones, análogamente a lo sucedido en los Estados Unidos, aunque no dispongamos aún del desglose por dimensión. Efectivamente en 1969 sólo hubo unas mil fusiones y compras societarias de cierta envergadura, y en 1970 unas ochocientas (282). La evolución ha sido coincidente con la de la Bolsa a entrambas ori --

---

(282) Times, 2 de enero de 1971, pág. 7, editorial "Merger mixture as before".

llas del Atlántico Norte : al auge de cotizaciones y a la fiebre especulativa de los años 1967-1968 correspondió un auténtico "boom" fusionista; al marasmo de 1969 y más aún de 1970, el reflujo de la marea anexionista.

En cuanto a las clases de operaciones atendiendo a su naturaleza económica, el Departamento investigador ha elaborado otro cuadro que reproducimos a continuación :

<u>Clase</u>	<u>1965</u>	<u>1966</u>	<u>1967</u>	<u>1968</u>	<u>Total cumu-</u> <u>lativo</u>
Horizontales.....	35 ...	48 .....	83 ....	99 ....	265 (83%)
Verticales..	8 ...	5 .....	-- ....	3 ....	16 ( 5%)
<u>Mixtas .....</u>	<u>5 ...</u>	<u>5 .....</u>	<u>10 ....</u>	<u>17 ....</u>	<u>37 (12%)</u>
Totales anuales.....	48 ...	58 .....	93 ....	119 ....	318 (100%)

Si se atiende al criterio o módulo de selección de los asuntos, prescindiendo nuevamente de las fusiones-periodísticas, bancarias y constructoras, las cifras oficiales son las siguientes :

<u>Motivo de selección</u>	<u>Horizontales</u>	<u>Verti-</u> <u>cales</u>	<u>Mixtas</u>
Por el volumen de los activos.....	145 (46%)....	11 ( 3%)..	37(12%)
Por la proporción del mercado.....	78 (25%)....	5 ( 1%)..	---
Por entrambas razones.....	42 (13%)....	-	---

Se desprende de estos cuadros :

- Primero, que el Ministerio de Comercio ha desarrollado una labor meritoria en cuanto al volumen y cantidad de -- operaciones investigadas, y no hay razón para suponer que esa tarea remita;

- segundo, que la actividad del Ministerio ha sido perfectamente capaz de acompasar el ritmo de incremento del proceso concentrador;

- tercero, que el ahora llamado Departamento de Comercio e Industria ha escrutado las tres clases de amalgamas posibles horizontales, verticales y mixtas, y retenido los dos módulos de selección disponibles, si bien el más usadero ha sido el de la cuantía del activo neto, lo cual se explica porque es dato mucho más sencillo de aquilatar que el porcentaje del mercado;

- cuarto, y en cierto modo lo más importante, que el mero hecho de analizar el Ministerio los proyectos fusionistas ha bastado para que las empresas correspondientes, avisadas quizá de que frisaban los linderos de la ilegalidad, desistieran de la operación. Es más, si se confirmara en los próximos años la estimación ministerial de que deja de efectuarse aproximadamente una de cada cinco amalgamas proyectadas, no vacilaríamos en afirmar que la novel legislación británica es hasta ahora la más eficaz, preventivamente hablando.

b') Operaciones informadas por la Comisión de Monopolios.-

Hasta octubre de 1971 el Ministerio ha trasladado (diecisiete) asuntos a la Comisión (quince los laboristas y dos los conservadores. Hélos aquí, ordenados cronológicamente :

<u>Año</u>	<u>Empresas concentradas</u>	<u>Plazo asignado</u>	<u>Tiempo invertido</u>
1965	1. <u>British Motor Corporation y Pressed Steel</u>	6 meses	3 meses
1966	2. <u>Ross Group y Associated Fisheries</u>	3 meses	3 meses
1966	3.-a) <u>The Dental Manufacturing Co. y Amalgamated Dental Co. (A.D.C.)</u> -b) <u>The Dentists Supply Co. y A.D.C.</u>	6 meses	5 meses

1966	4. <u>Guest, Keen and Nettlefolds Ltd. y Birfield Ltd.</u>	6 meses	5 meses
	5. <u>British Insulated Callenders' Cables Ltd. y Pyrotenax Ltd.</u>	6 "	4 y medio
	6. <u>Times y Sunday Times</u>	3 "	2 y medio
1967	7. <u>United Drapery Stores y Montague Burton</u>	4 "	3 meses
	8. <u>Thomson Newspapers y Crusha</u>	3 "	2 y medio
1968	9. <u>Thorn Electrical y Radio Rentals</u>	4 "	menos de 4
	10. <u>Bancos Barclays, Lloyds y Martins</u>	6 "	5 meses
1969	11. <u>Unilever y Allied Breweries</u>	4 "	menos de 4
	12. <u>Rank Organisation y De La Rue</u>	4 "	menos de 4
	13. <u>George Outram and Co. Ltd y Hamilton Advertiser Ltd., Baird and Hamilton Ltd.</u>	3 "	3 meses
	14. <u>Marley Ltd. y Redland Ltd.</u>	no hubo necesidad de informar	
1970	15. <u>Burmah Oil Co. Ltd. y Laporte Industries (Holding) Ltd.</u>	tampoco hubo necesidad de inform.	
	16. <u>British Sidac Ltd. y Transparent Paper Ltd.</u>	4 meses	3 y medio
1971	17. <u>Reed International y Bowater Co.</u>	no ha habido necesidad de informe.	

Se aprecia que tres de las diecisiete amalgamas trasladadas no han llegado a cristalizar en el informe correspondiente, porque no hubo "necesidad". Efectiva-

mente, en el caso núm. 14 (Marley-Redland), cuya consuma --  
ción habría dado lugar a un monopolio en la oferta de tejas  
de hormigón, el proyecto fue abandonado por "motivos comer-  
ciales", antes de que empezara la encuesta, y lo mismo ha -  
sucedido con el caso número 17, que habría supuesto una im-  
portante concentración en el ramo de pasta de papel, papel-  
y cartón. En el caso núm. 15 (Burmah-Laporte) la sociedad -  
Burmah renunció a su oferta de compra en cuanto el Ministe-  
rio declaró el traslado. Digamos, por fin, por ser un epi -  
sodio de significación análoga, que el 28 de mayo de 1971 -  
el Ministerio anunció que trasladaría a la Comisión el pro-  
yecto de fusión entre Valor Co.Ltd. y Rippingilles Ltd., lo  
cual bastó para que la primera renunciara a su oferta de ad-  
quisición de la segunda, la cual, por hallarse en mala si-  
tuación financiera, acordó entonces disolverse. Valor adqui-  
rió algunos de los activos, pero el Departamento no conside-  
ró que el acto cayese en el ámbito de la Ley de 1965.

Como se observa, la Comisión suele tardar entre -  
13 y 22 semanas, o sea, de tres meses a cuatro y medio, en-  
preparar su dictamen, y casi nunca agota el plazo que le --  
asigna el Gobierno. De los catorce informes emitidos, nueve  
abocaron a la conclusión de que la amalgama no iba contra -  
el interés público, entre ellos los números 6, 8 y 13, refe-  
rentes a operaciones en el sector prensa; en otros cuatro -  
casos, concretamente los números 2, 7, 12 y 13, se ha dicta-  
minado que la concentración era previsiblemente contraria -  
al interés general, con recomendación, por lo tanto, de que  
no se autorizase; en el número 10 se dictaminó, por estre -  
cho margen de seis votos contra cuatro, que la fusión de --  
tres de los mayores bancos del país atentaba al interés ge-  
neral, pero, en vista de la división de pareceres, no se --

consideró procedente elevar al Gobierno recomendación formal. En dos de los casos de informe negativo por mayoría neta, concretamente Ross Group y United Drapery Stores, los interesados desistieron antes de que el Gobierno adoptara medida alguna; en cambio, con ocasión del asunto Rank-De La Rue, el Ministerio de Comercio prohibió expresamente la compra de las acciones de la segunda por aquélla. Ahora bien, el suceso más significativo del repertorio ha sido el desistimiento de los bancos Lloyds, Barclays y Martins, a pesar de que la conclusión desfavorable se había formulado por margen exiguu; quizá la razón determinante fuera que el Gobierno, influido por un estado de opinión hostil al proyecto, se disponía a intervenir. Señalemos, por último, que, a pesar de haber dado la Comisión "luz verde" a la amalgama Unilever-Allied Breweries (núm. 11), la primera ha renunciado a comprar las acciones de ésta, al menos por el momento, como consecuencia del cambio acaecido en las cotizaciones bursátiles en la primera de 1970.

Entre las fusiones informadas, las hubo tanto verticales y conglomeradas como horizontales, si bien las últimas preponderan netamente. Durante largo tiempo, el Gobierno consideró que las operaciones mixtas no presentaban problemas desde el ángulo de la tensión competitiva, y la prueba es que hasta el traslado en 1969 de los casos Rank-De la Rue y Unilever-Allied Breweries, no se había adoptado providencia alguna sobre ellas. Es interesante señalar que la Comisión ha techado los informes respectivos con una lista de observaciones generales sobre las amalgamas "heterogéneas" (283), calificándolas, en principio, como menos nocivas a la

---

(283) Cfr. documento DAF/RBP/WP9/3, "Contrôle des fusions" (23 de marzo de 1970), Grupo de Trabajo núm. 9 del Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE (págs. 5 y 25).

tensión del mercado que las horizontales y las verticales, - y advirtiéndole en ellas como criterio no menos importante la eficacia técnica, si bien difícil de aquilatar, por lo cual se declara indispensable recoger información financiera minuciosa de los protagonistas de esta clase de integraciones, y se recomienda al Ministerio de Comercio que recabe más datos a las grandes compañías "diversificadas" y los publique periódicamente. En el caso Rank-De La Rue, el juicio negativo no se basaba en consideraciones de competencia, por la sencilla razón de que entrambas firmas no eran competidoras en ningún sector, sino precisamente en argumentos de "eficacia", y muy especialmente en las posibles repercusiones sobre la balanza comercial del país.

La Comisión ha emitido a veces dictamen favorable sub conditione, dictaminando que el ayuntamiento no iría -- contra el interés público si las compañías se comprometían a ofrecer al Gobierno y, sobre todo, a su clientela, determinadas garantías de trato equitativo. El ejemplo más caracterizado lo ofrece B.I.C.C. - Pyrotenax, según veremos.

De los párrafos que anteceden cabe deducir :

- 1) Numerosas operaciones han sido estudiadas por el Ministerio (unas ochenta, por ejemplo, en 1971), pero sólo el -- tres por ciento, más o menos, han sido trasladadas a la Comisión;
- 2) La Comisión ha informado negativamente sólo un tercio de los casos examinados;
- 3) En los supuestos de informe negativo, sólo uno ha exigido que el Gobierno utilizara sus poderes de prohibición -- (restriction of merger order); en los demás, las partes desistieron inmediatamente.
- 4) En las fusiones conglomeradas, la Comisión se ha decla -

rado, en general, menos preocupada que respecto a las horizontales y verticales, por el grado de competencia, y ha señalado que el criterio fundamental se cifra más bien en la eficacia empresarial.

5) Algunas veces la Comisión ha supeditado su conformidad a la aceptación por los protagonistas de condiciones y garantías de libertad e igualdad efectiva de competencia.

c') Análisis crítico de la jurisprudencia esbozada por la Comisión..- Empecemos por espigar los informes negativos, en primer término porque son los menos y, por lo tanto, los más fáciles de resumir, y en segundo lugar, porque ellos, precisamente pueden darnos la clave de lo que constituye a juicio de la Comisión caso manifiesto de ilegalidad o de peligro para el "interés nacional".

La primera repulsa se formuló, como se recordará, a propósito del caso Ross Group-Associated Fisheries Ltd.. El grupo Ross, propietario de la segunda flota pesquera del país, con 65 buques arrastreros explotados a partir de los puertos de Grimsby y Hull, y unas capturas anuales de más de sesenta mil toneladas de pescado blanco, es decir, el ocho por ciento de la pesca desembarcada en todo el Reino Unido, había declarado una oferta pública de compra de las acciones del importante grupo Associated Fisheries, dueña, gracias a sus 88 unidades de arrastre, de la mayor flotilla nacional, también con base en Hull y Grimsby, y además en Fleetwood, con unas capturas anuales de alrededor de ciento veinte mil toneladas, es decir, el catorce por ciento de la pesca desembarcada. Además, Associated estaba sólidamente establecida en el negocio de industrialización y distribución, con almacenes en todo el país, y sus activos netos sumaban la respetable cifra de 16,8 millo



nes de £, o sea, tres veces más que el límite legal mínimo de los 5 millones. De haberse consumado, la operación habría abocado, pues, a colocar bajo el mismo dominio nada menos que el veinte por ciento de las capturas británicas. Sin embargo, fue más bien en la perspectiva regional, es decir, considerando la zona del estuario del río Humber -- que abriga los puertos de Hull y Grimsby, donde la Comisión abordó el problema, centrándose, por otra parte, no tanto en el aprovisionamiento de pescado en general, sino en un artículo concreto, el bacalao. Decía, en efecto, el informe (pág. 35, párrafo 119) : "dos sociedades han desembarcado en Hull y Grimsby el 54% de las capturas descargadas en el estuario del Humber. En otras palabras, serían, inmediatamente después de la fusión, bastante más grandes que -- cualquier otra compañía del sector. Más de la mitad de la oferta estaría en sus manos y podrían, si se lo propusieran, aprovecharse de su posición dominante. Esto no significa que tuviesen libertad incondicional para fijar al bacalao de altura el precio que les acomodase, pues las cantidades desembarcadas por otros buques de arrastre seguirían siendo sustanciales, así como las importaciones y la competencia de otros alimentos. Pero quedaría margen sustancial para modificar el precio del bacalao".

En el párrafo siguiente, exponía la Comisión el peligro de que el grupo Ross-Associated "impusiera sus puntos de vista a otras compañías al menos en los puertos del Humber, si no a toda la industria pesquera", atendiendo la inquietud expresada por sociedades de la zona, que eran, a la vez que competidoras en las capturas, clientes de Associated, pues le compraban hielo, aceite de hígado de bacalao y carne de pescado. Ciertamente era que en el pasado Asso-

ciated no había abusado de su dominio en el ramo de hielo y aceite de hígado de bacalao, mas no dejaba de estar justificado "el nerviosismo" de las compañías. Más adelante, después de trasladar la cuestión al plano nacional, concretamente en el sector de distribución, la Comisión hacía constar su temor de que en el futuro un nuevo equipo directivo del grupo, no ligado por los compromisos y seguridad que los directores de entrambas compañías se disponían a ofrecer, abusara de la "posición dominante" del complejo Ross-Associated subiendo los precios. Reconociendo, incidentalmente, la probabilidad de que aumentaran los precios al consumidor "especialmente si los suministros se vuelven más difíciles", se consideraba indeseable que el alcance de ese incremento estuviese en manos de una sola compañía en vez de ser determinado por "la fuerza de la competencia en el mercado".

Se analizaba asimismo las posibles ventajas de la fusión, consistentes, según las propias Ross y Associated, en diversas economías por reducción de costes, concretamente en el funcionamiento de la flota de la primera y de los servicios distributivos de la otra, merced a la dirección común de entrambas firmas. Ahora bien, después de un análisis minucioso montado en las estimaciones aproximadas ofrecidas por Ross, el informe calculaba que, a lo sumo, los ahorros serían apenas un tercio de lo que Ross cifraba y en cualquier caso muy inferiores a las "desventajas" previsibles.

Respecto a la estructura del sector, el informe observaba diversos factores negativos, que se podrían resumir en la siguiente proposición : se trataba de un mercado-

con pocas posibilidades de ingreso de nuevos oferentes. Se decía, en efecto, que la industria pesquera "no es una industria en expansión", especialmente por la competencia de buques extranjeros; que el arrastre exige fuertes inversiones de capital, que hay que continuar si se quiere que la flota se mantenga técnicamente al día, y por fin, que el beneficio en proporción al capital invertido es muy bajo - en comparación al promedio de la industria manufacturera.

Ahora bien, el argumento esencial (párrafo 142)- era que la fusión no haría prácticamente nada por resolver los problemas estructurales del ramo : "Por lo que se refiere al fortalecimiento de la industria en su conjunto, la fusión no contribuiría en nada a la solución del problema de la fragmentación. Produciría una situación en que el sector comprendería una compañía muy grande, mientras que el resto seguiría atomizado entre muchas empresas pequeñas, las cuales no podrían plantear competencia efectiva (la mayor compañía después de las fusionantes representó el 6,5% de las capturas británicas en 1964.....). Los beneficios de la competencia que existe actualmente entre dos grandes compañías se perderían y, por esta razón, creemos improbable que la amalgama acelerase significativamente el ritmo con que se introducen los nuevos métodos. Dos compañías -- del tamaño de Ross Group y Associated Fisheries deben conseguir individualmente mejoras de eficacia, y es nuestra opinión que el aguijón de la competencia sería más efectivo para lograr este objetivo. En el aspecto distributivo, hemos comprobado que no sería beneficioso reforzar la distribución directa hasta el punto de que muchos minoristas no tuviesen a menudo otra alternativa que depender de ella. No hemos visto prueba de que este sistema de distri-

bución sea más eficaz o económico que el de mercados interiores; en cambio, podría llevar a los minoristas a sufrir una pérdida de margen de elección y, en último término, de calidad. En resumen, la fusión no contribuiría significativamente al incremento de eficiencia en el sector, y no mejoraría sustancialmente las posibilidades de crear una industria viable sin depender de subvenciones del Gobierno".

Como corolario de los razonamientos expuestos, el informe enunciaba la fórmula ritual : "Concluimos que el hecho de que Ross Group Ltd. y Associated Fisheries Ltd. dejen, en las circunstancias del caso, de ser empresas distintas, opera, y es probable que siga operando, contra el interés público". Se examinaban las "posibles salvaguardias", concretamente la prohibición a Ross de que hiciera más adquisiciones de empresas pesqueras sin permiso del Ministerio de Comercio, la limitación del tamaño de la organización distribuidora de la compañía en relación a su capacidad de captura, el control de precios y la libertad de importaciones, en particular de especies de congelación rápida, pero se desechaban por diversas razones (párrafo 154), fundamentalmente la de que algunas de estas soluciones eran insuficientes y otras difícilmente aplicables. En consecuencia terminaba la Comisión con la fórmula también ritual : "Recomendamos que la fusión no sea aprobada".

En el segundo caso de recomendación negativa, United Drapery Stores (U.D.S.) - Montague Burton, se trataba de dos grandes almacenes de venta de ropa masculina que juntos realizaban con algo más de mil setecientos puntos de venta un volumen de negocio de 18 millones de £ (unos tres mil millones de pesetas). La Comisión ha considerado que ontrambas --

firmas representaban el treinta y cinco por ciento de los -  
trajes de caballero y el cuarenta y cinco por ciento de los  
trajes de precio módico, y previendo que la fusión debilita-  
ría notablemente la competencia en el plano minorista y --  
acarrearía el alza de los precios de los artículos módicos,  
cuya venta hasta entonces no había dado mayores beneficios,  
ha llegado a la conclusión de que la amalgama perjudicaba -  
al interés público. Examinando los posibles argumentos en -  
favor de la fusión, la Comisión ha rechazado sucesivamente-  
el de las presuntas economías de escala : (párrafos 109-117);  
el de las mayores posibilidades de exportación a Europa --  
(párrafo 121); y el alegato de Montague Burton, cuyo capital  
pensaba adquirir UDS, de que no le quedaba otra alternativa-  
que dejarse absorber, ya que necesitaba apremiantemente una  
administración eficaz y la mejora de sus rendimientos, repli-  
cando que en conjunto Montague era tan próspera como UDS y -  
que sus problemas de gestión podían resolverse por otros me-  
dios. Digamos, por fin, que otra consideración determinante-  
del informe negativo ha sido el temor de la industria lanera  
y de cachemira (worsted industry) a que se incrementara exa-  
geradamente el poder de compra de las grandes casas de confección.

Advertimos cierta congruencia respecto al caso -  
Ross-Associated en que, por una parte, se ha considerado de-  
cisiva la proporción del mercado representada por los fusio-  
nantes, y, por otra, se ha desechado el valor de las econo-  
mías de escala invocadas por ellos, así como en el temor a-  
una probable elevación de precios.

El tercer dictamen desfavorable ha versado sobre-  
la oferta pública de British Sidac Limited para adquirir la

totalidad de las sociedades ordinarias de The Transparent Paper Limited (1º de julio de 1970), con la anuencia, también hecha pública, del Consejo directivo de esta sociedad. Era inminente la consumación de la compra cuando el Departamento de Empleo y Productividad trasladó a la Comisión el expediente indicando al mismo tiempo a British Sidac que se abstuviera de adquirir mientras durase la investigación.

Por sus antecedentes y circunstancias, el caso -- Sidac-Transparent es, a nuestro juicio, el más claro y caracterizado de concentración oligopolística. Efectivamente, a principios de 1970 tres grandes productores se repartían virtualmente el mercado británico de películas de celulosa- (cellulose film); y eran, por orden de tamaño :

- The British Cellophane Limited, que era propiedad en un 75% de Courtaulds Ltd., segunda firma química del Reino Unido, y en el restante 25% de la sociedad francesa La Cellophane, S.A. (inventora en 1912 de la película celulósica), y fabricaba el 53% de la producción nacional;

- The British Sidac Ltd., que pertenecía en un 37,8% a la firma Mardon Packaging International Ltd. (propiedad, a su vez, en proporción paritaria, de Imperial Tobacco Co. y de la British-American Tobacco Co.), y en otro 39,6% a la firma belga Société Industrielle de la Cellulose, S.A. (integrada, por su parte, en el grupo Unión Chimique Belge, o UCB)- y en la parte restante al público, y que contribuía con el 31% a la oferta interior; y, por último,

- The Transparent Paper Ltd., que aportaba otro 16%.

Las tres firmas suponían, pues, conjuntamente el cien por cien de la producción, y en cuanto a las importaciones sólo representaban el cinco por ciento del consumo-

nacional. La finalidad de Sidac era, fundamentalmente, eliminar a "un vendedor débil", para "endurecer", es decir, con - solidar, los precios de las películas tanto "convertidas" en paquetes y envases, como "sin convertir", propósito que Sidac justificaba alegando que en los últimos tiempos Transparent había tenido que vender con pérdida en su sección de impri - mado y de conversión para colocar toda su producción de pe - lícula, lo cual, unido al exceso sustancial de capacidad en - la industria estrictamente convertidora, redujo notablemente los márgenes de beneficio en el sector. La ventaja de la - amalgama consistiría, según Sidac, en que, proyectando tanto Transparent como ella una nueva planta, se podría prescindir de una de las dos, con el ahorro consiguiente. Por lo demás, Sidac apuntaba que no había peligro de posición dominante, - en consideración a que las películas celulósicas sufren la - aumentativa rivalidad del material plástico, en especial las de polietileno, polipropileno y cloruro de polivinilo, sin - incluir otros materiales como el papel de aluminio y el es - pecial de embalaje, hasta el punto de que en los años ante - riores se había observado un proceso de abandono de la pelí - cula celulósica por los demás productos en tres ramos de em - vase: el pan especial, las patatas fritas y los embutidos. - No cabía, pues, temer incrementos fuertes en los precios.

Como era previsible, Sidac no dejó de invocar pre - suntas ventajas técnicas; aumentaría la oferta de ciertas va - riedades fabricadas por Transparent y la intensificación de - los trabajos de laboratorio fructificaría ampliando la varie - dad de artículos. Además, mejoraría la calidad de los artí - culos que hasta entonces fabricaba Transparent, cuyos clien - tes saldrían ganando, gracias a la red de almacenes y a los

servicios de transporte de la propia Sidac, más rápidos que el camión de un transportista o el ferrocarril. Por último, Sidac argüía que mejorarían las exportaciones, en beneficio de la balanza comercial, sobre todo si Gran Bretaña entraba en el Mercado Común, cuyos precios interiores eran algo mayores.

La Comisión interrogó a la propia Transparent --- que, sin negar de plano los alegatos de Sidac, se mostró re<sup>re</sup>ticente, y a las empresas clientes, cuya mayoría expresó --- fundados temores de que se constituyese una posición domi<sup>domi</sup>nante en el mercado británico, sin fuente alternativa de su ministro en condiciones equivalentes, ni siquiera acudiendo a la importación. Algunas de ellas, que también eran conver<sup>conver</sup>tidoras, y como tales compradoras de la materia prima produ<sup>produ</sup>cida precisamente por Sidac, expresaron aprensión por la po<sup>po</sup>sibilidad de que subieran los precios de la película, y de que se las colocara así en situación de inferioridad frente a las fusionantes en el mercado de transformados.

A la vista de los datos reunidos, la Comisión lle<sup>lle</sup>gó a las siguientes conclusiones :

- En cuanto a los efectos de la operación sobre --- la competencia, quedaba probado que, siendo la tensión más<sup>más</sup>bien reducida por la uniformidad tanto de los precios de --- lista como de las escalas de rebajas, y por la estabilidad de la proporción del mercado abastecida por los tres fabri<sup>fabri</sup>cantes nacionales, la eliminación de Transparent Paper, que, por cierto, tenía los precios más bajos, era susceptible de provocar subidas perjudiciales para los consumidores domés<sup>domés</sup>ticos, tanto más cuanto que de las importaciones no cabía --- esperar efecto moderador apreciable. Por lo demás, aun ha---



biéndose demostrado que otros artículos hacían la guerra a la película celulósica, se trataba de una rivalidad marginal, ajena a los precios.

- En punto a efectos sobre los costes y la eficacia empresarial, aun reconociendo que la dirección de Sidac era mejor que la de Transparent (uno de los argumentos principales de la primera), la Comisión puntualizaba que, por una parte, Transparent acababa de reorganizar sustancialmente sus cuadros directivos y que, por otra, faltaba por demostrar la superioridad de Sidac hasta el punto de que fuese capaz de resolver las dificultades técnicas, comerciales y financieras en que la otra se sumiera.

- En materia de calidad o de servicio al cliente, no se apreciaban mayores ventajas.

- Por lo que se refería a la balanza de pagos, las repercusiones serían "despreciables", tanto sobre las exportaciones como sobre las importaciones.

Por lo que se refería a las relaciones entre la película celulósica y otras materias transparentes de empaquetado, para ciertos usos de la primera no se conocía aún "alternativa aceptable"; en cambio, para otros había ya sustitutos, siempre que el precio fuese equivalente. De todos ellos, la película de polipropileno era el que más posibilidades tenía de quitarle clientes a la de celulosa, tanto más cuanto que la relación de precios parecía evolucionar a favor de aquélla. De todos modos y como impresión de conjunto, la fusión no afectaría apenas a la tensión competitiva entre los distintos artículos.

Respecto al porvenir de Transparent Paper si la amalgama dejaba de consumarse, se reconocía que la firma en-

contaría dificultades para subsistir como empresa indepen -  
diente, pero la realidad era que ya las afrontaba con ener -  
gía el nuevo equipo directivo y que, además, la compañía se  
concentraba acertadamente en el negocio de conversión, me -  
nos exigente de capital que la fabricación de la película.-  
En conclusión, no había razón para pensar que Transparent -  
no pudiese sobrevivir.

Por último, en cuanto a las posibles repercusio -  
nes de la operación sobre el equilibrio de fuerzas entre -  
los fabricantes nacionales y los extranjeros, se concluía -  
que la amalgama no modificaría fundamentalmente las posi -  
ciones, pues de todos modos British Cellophane seguiría --  
siendo el primero y más eficaz productor del Reino Unido, y  
se formulaban dudas de si "la combinación de sus dos compe -  
tidores" supondría una "mayor capacidad de Sidac para compe -  
tir de fronteras afuera", considerando que, de todos modos -  
y al contrario que Transparent, Sidac ya tenía el respaldo  
de uno de los mayores fabricantes europeos de película celu -  
lósica y de poderosos grupos ingleses establecidos en el Con -  
tinente.

En definitiva, no se veía ventaja susceptible de  
contrapesar las desventajas derivadas de la desaparición -  
de uno de los tres productores independientes, y como tam -  
poco se vislumbraba qué medidas cabría adoptar como garan -  
tía o remedio de los probables perjuicios de la fusión, el  
informe terminaba recomendando lisa y llanamente la prohi -  
bición.

Examinemos ahora algunos informes favorables, de  
los que se desprende, según veremos, que no siempre han -  
prevalecido en el ánimo de la Comisión los mismos crite -

rios y que las consideraciones sobre participación de las em-  
presas en el mercado, determinantes en las tres situaciones-  
expuestas, no lo han sido en las demás.

Digno de selección es, en primer término, el caso-  
British Motor Corporation Ltd. (B.M.C.) - Pressed Steel Com-  
pany Ltd., a propósito de la oferta pública de la primera pa-  
ra absorber a la segunda, operación que se hizo efectiva --  
mientras la Comisión investigaba el asunto, ya que el Minis-  
terio de Comercio no ejerció los poderes suspensivos que le-  
otorga el párrafo 11 del artículo sexto de la Ley de Monopo-  
lios y Fusiones. BMC, producto de la fusión en 1952 de Aus-  
tin y Morris, era a la sazón, junto a Ford (filial inglesa),  
Vauxhall (enteramente propiedad de la General Motors norte -  
americana), Rootes (en cuyo capital la también americana --  
Chrysler tiene participación mayoritaria) y Standard-Triumph  
International (propiedad de Leyland Motor Company) con --  
quienes formaba el grupo de los "Cinco Grandes", el primer-  
constructor británico de automóviles y camiones, con el ---  
35,80% de las unidades fabricadas en 1964. Su activo neto -  
en el Reino Unido totalizaba 88 millones de £. Por su parte,  
Pressed Steel Company Ltd., cuyo activo neto totalizaba 35 -  
millones de £, era el mayor productor independiente de carro-  
cerías de automóvil y otras piezas y fabricaba el cuarenta -  
por ciento de las que se vendían en Gran Bretaña para turis-  
mos. Su volumen se componía en un noventa por cien de los su-  
ministros a los fabricantes automovilísticos, y de ese noventa  
ta por cien el ochenta por ciento, más o menos a partes igua-  
les, provenía de las ventas a la propia BMC y a Rootes. Con-  
viene señalar que para BMC las compras a Pressed Steel sólo  
cubrían el tercio de sus necesidades, mientras que Rootes -

y otras casas de menor envergadura, como Jaguar y Rover, - se aprovisionaban totalmente de Pressed Steel. La opera - ción constituía, pues, un caso típico de integración ver - tical y las razones justificativas que alegaban los prota - gonistas eran, en primer lugar, las "economías de escala" - que resultarían de la posibilidad para Pressed Steel de - transformar mayores cantidades en "talleres especializados de prensado" y, en segundo término el incremento previsi - ble de las exportaciones de productos prensados. También - aludían las compañías a diversas ventajas de asociación de recursos para la investigación, la planificación producti - va, etc.

La Comisión concluyó que si bien lamentaba, "en - unión de otros, la pérdida de la independencia de Pressed - Steel", la fusión no operaba en vista de las circunstan - cias, ni era previsible que operase, contra el interés pú - blico. El informe aceptaba con reservas el argumento de ra - cionalización técnica y hacía suyo el de fomento de la ex - portación. La consideración decisiva parece haber sido que, por la tendencia a la concentración vertical observada en - la industria automóvil, no cabía excluir que los dos prin - cipales clientes de Pressed Steel, o sea BMC y Rootes, ro - solviesen fabricar carrocerías por sí mismos, si bien la - perspectiva era muy problemática a corto plazo y necesita - ría años para consumarse. Asimismo aducía el informe una - justificación claramente nacionalista, a saber, que era - preferible la absorción de la firma por una empresa britá - nica a su compra por otra compañía, tal vez, norteamerica - na o sujeta al dominio de intereses de la misma filiación, lo cual habría obligado a BMC a montar su propia fábrica -

de carrocerías, con la subsiguiente duplicación "dispendiosa" de recursos nacionales.

Según el criterio comisional el principal argumento contra la fusión era el peligro de que, una vez absorbida, Pressed Steel no mantuviese debidamente abastecidos a los competidores de su absorbente, es decir, Rootes, Jaguar, Rover, Rolls-Royce, etc., pero Pressed Steel y BMC garantizaron que, si fuera necesario, se ampliarían las instalaciones para afrontar aumentos en la demanda, como se había hecho en el pasado, y que en la hipótesis de escasez de materiales, tales como acero, se asignarían cupos a todos los clientes a prorratio de sus necesidades, según el procedimiento empleado en otras ocasiones. En particular, las fusionantes se comprometieron públicamente a que Pressed Steel siguiera fabricando los mismos artículos mientras se lo pidiera cualquiera de sus clientes, así como a negociar de cuando en cuando contratos de suministro en "términos justos y razonables".

La lectura del informe deja un poso de insatisfacción. Es cierto que la Comisión exigió y obtuvo seguridades de la sociedad absorbida, pero, en definitiva, no resplandece la necesidad de la fusión para los objetivos que sus protagonistas invocaban, aparte de que no se trataba de objetivos esenciales o urgentes. Por otra parte, no se dedica una sola línea al eventual beneficio que el público pueda esperar de la amalgama. Lo único que está probado es que Pressed Steel era en su ramo la mayor fabricante independiente del mundo y, desde luego, la primera proveedora del Reino Unido, con el cuarenta por ciento de las ventas, y que su absorbente era, a su vez, la firma cabecera de la nación, con gran-

diferencia, entre sus clientes. ¿Por qué en este caso no ha aplicado la Comisión el criterio de la posición de dominio y del posible abuso de ella que con tanto rigor utilizó -- contra Ross y contra UDS?.

Pocos meses después (enero de 1967) se publicaba el informe sobre el caso Guest, Keen & Nettlefolds Ltd. -- (GKN) - Birfields Ltd., en que la primera firma, poseedora de una importante acería y fabricante de muy diversos artículos de hierro y acero, entre ellos piezas de recambio para automóviles, lanzó una oferta pública de compra de las acciones de la segunda, virtualmente la única fabricante nacional de juntas de velocidad constante, así como productora significativa, igual que GKN, de barras de transmisión. El grupo GKN, con numerosas filiales, era, según el valor de sus activos físicos, la novena empresa británica, y sus activos netos se elevaban a 253 millones de £; la firma Birfield, por su parte, con ramificaciones tanto en el Reino Unido como en el extranjero, sumaba unos activos netos de casi 19 millones de £. La operación equivalía -- prácticamente a instaurar el monopolio en el subsector de barras de transmisión, y a reforzar el que ya gozaba Birfield en el de juntas de velocidad constante. Se trataba, pues, de una concentración fundamentalmente horizontal, y sólo en este aspecto la enfocó la Comisión, si bien no dejaba de presentar rasgos de integración vertical, pues GKN producía numerosos semi-terminados de forja y estampado -- que podían servir de materia prima o medios de producción a Birfield. La justificación alegada por GKN fue la política económica del Gobierno delineada en el Libro Blanco de enero de 1966, donde, por cierto, se explicaban los objeti

vos de la Corporación de Reorganización Industrial, entre ellos contribuir a satisfacer "la necesidad de más concentración y racionalización, para promover la mayor eficacia y competitividad internacional de la industria británica". Además, invocaba un argumento de orden específico y, por así decir, personal, la perspectiva de perder en breve plazo sus acerías como consecuencia de la nacionalización ya anunciada por el Gobierno y, efectivamente, consumada poco después, pérdida que la compañía trataba de compensar por anticipado adquiriendo otras firmas susceptibles de incrementar su capacidad de ganancia.

La Comisión estudió no sólo las alegaciones de los interesados sino también las de diferentes empresas automovilísticas británicas, consultadas por su calidad de clientes. En punto a racionalización concluía (párrafo 129): "No creemos que la perspectiva de ahorrar costes en la producción y oferta de barras de transmisión desempeñe un mayor papel en los motivos de esta fusión". Respecto a exportación, el informe se limitaba a reconocer (párrafo 154), un tanto petogrulescamiento, que lográndose con la fusión un mejor asentamiento en los mercados europeos, sería mejor para el interés nacional, pero añadía que "no hay ninguna razón evidente para que la compañía amalgamada tenga menos éxito allende los mares del que han tenido sus componentes".

¿Cuál fue, pues, el considerando que motivó el asentimiento de la Comisión? El informe retuvo fundamentalmente que los principales clientes de GKN y Birfield eran todos potentes fábricas de automóviles, dotados de mucha capacidad de maniobra y negociación frente a sus proveedores, incluso después de que se uniesen, y ca-

en caso de necesidad, las piezas que compraban, observación-  
que la propia GKN se adelantó a exponer a la Comisión (párra-  
fo 131). También observó la Comisión que, según los consumi-  
dores, "todos los clientes consideran que los precios de Bir-  
field para las barras de transmisión, cuando antes de 1960 -  
tenía el campo para sí sola, eran razonables y que, a la vis-  
ta especialmente de la actitud cooperadora de GKN en materia  
de negociación de precios y de acceso a fábricas y diseños, -  
no se sienten preocupados por la posibilidad de que la com -  
pañía amalgamada abuse de su posición". "Por estas razones -  
añadía- no vemos perjuicio probable para el interés público  
en lo que se refiere al coste de las barras de transmisión y  
de las juntas de velocidad constante".

La Comisión abordó igualmente la cuestión de saber  
si la nueva empresa abusaría o no de su monopolio en el mer-  
cado de piezas sueltas para recambio, en que el comprador ya  
no es una gran empresa automovilística, sino un pequeño comer-  
ciante o incluso un simple particular, pero también aceptó -  
en este punto el argumento de GKN: los fabricantes de piezas  
y componentes son los primeros interesados en conservar sus -  
posiciones en el mercado, cada vez más amenazadas por la apa-  
rición de productores de piezas "espúreas"; en estas condi-  
ciones serán lo suficientemente sensatos para mantener los -  
precios a un nivel razonablemente bajo para no excitar más  
aún el apetito de unos intrusos que, por otra parte, suponen  
un grave riesgo para la seguridad del conductor en su vehícu-  
lo.

Por último, la Comisión adelantaba la posibilidad  
de que a largo plazo Birfield no subsistiera sola y estuvie-  
se abocada al protectorado con la absorción por un fabrican-



te extranjero de piezas o de vehículos, eventualidad que, - por otra parte, había dado ya lugar a ~~rumpres~~; era, pues - preferible que se uniese a otra empresa puramente británica, como GKN (penúltimo párrafo de las conclusiones):

En conclusión, la Comisión juzgaba que el acto - proyectado no contrariaba al interés público, pronunciando to que, por las circunstancias del caso, guarda, a nuestro- juicio, bastante analogía con el asunto BMC - Pressed Steel. Aparte de la afinidad de sectores, entrambos informes coinciden en aprobar virtualmente, la formación de un monopolio nacional, en virtud de criterios basados puramente en la hi pótesis, más bien distante, de que entre en crisis la empre- sa cuya absorción se pretende. Parece como si la Comisión - se erigiese en tutora de las compañías codiciadas por sus - competidores, diciendo que, como de todos modos es probable- que pierdan su independencia algún día a manos de una empre- sa extranjera, aunque hoy estén obteniendo sancoados benefi- cios, más vale que sean absorbidas cuanto antes por un con- currente nacional. El resultado ha sido el mismo, a la pos- tre, en entrambos informes: supeditar la defensa de la com- petencia a consideraciones tácticas más o menos aleatorias, reforzadas por alegatos de confianza en la buena fe y sen- satez de los monopolistas y por la afirmación de que no ca- be temer abusos. Los únicos matices diferenciales consisten en que en el caso BMC se concedió más importancia a la me- jora de las exportaciones como móvil justificativo, y en - cambio en el dictámen GKN - Birfield se subrayó como factor determinante que el monopolio de oferta tenía por contrape- so un oligopolio de demanda, observación por otra parte muy pertinente porque toca un punto esencial, cual es la estruc- tura del mercado. Sin embargo, igual que en el informe BMC-

Pressed Steel, vuelve la interrogante: ¿Por qué Ross-Associated y UDS-Montague no obtuvieron la misma disposición - de indulgencia?.

Algo después (mayo de 1967), se publicó el informe de la amalgama British Insulated Callender's Cables Ltd. (BICC) - Pyrotenax Ltd., consistente en la oferta pública - de compra de las acciones de ésta lanzada por la primera en diciembre de 1966. La operación concentraba en las mismas - manos el noventa por ciento de la producción nacional de cables con aislante mineral, de la que cada uno de los protagonistas representaba aproximadamente el 45%, mientras que el diez por ciento restante era fabricado por una tercera - sociedad mucho menor, el grupo Glynwed, que si bien había - logrado incrementar espectacularmente sus ventas en los últimos años, no podía alcanzar prestamente a los dos grandes. Además, BICC era la mayor firma del mundo en fabricación de cables o hilos eléctricos, telegráficos y telefónicos, con numerosas filiales en el Reino Unido y diversos - continentes. Según declaraciones de los directivos de BICC - a la Comisión, esta compañía no había pretendido en principio absorber a su competidora, pero en septiembre de 1966 - la Imperial Chemical Industries (ICI), socio fundador y primer accionista de Pyrotenax, había hecho repentinamente, sin avisar a nadie, una oferta de venta de su paquete (el 17,3%) a la Yorkshire Imperial Metals Ltd., filial suya, que la declinó. BICC aprovechó entonces la ocasión para aceptar los títulos, ya que, si bien no solía adquirir participaciones minoritarias, la compra le permitiría en este caso convertirse en proveedor de alambros y tubos de cobre a Pyrotenax. Ahora bien, una vez en posesión del paquete, BICC prefirió proponer a los demás accionistas el rescate de sus partici-

paciones, y después de gestiones que tuvieron rápido éxito, anunció en diciembre la oferta de referencia. BICC explicó además a la Comisión su firme propósito de mantener a Pyrotenax funcionando en plena autonomía, compitiendo con su propia Sección de Cables de Aislante Mineral, si bien se igualarían en lo posible las listas de precios y descuentos de entrambas empresas. Los beneficios que BICC esperaba obtener eran de cuádruplo orden: a) inmediatas economías de coste en la planta productora de tubos de cobre, que hasta entonces funcionaba por bajo de su capacidad, y que, al tener asegurado el suministro a Pyrotenax, podría funcionar a tope; b) a plazo medio, la racionalización técnica derivada de la mejora en el suministro de materias primas a las instalaciones fabriles del grupo y de la producción de series más amplias; c) notable expansión previsible de las exportaciones, sobre todo a los Estados Unidos y Europa Occidental, combinando la experiencia y especialización de Pyrotenax con el volumen de recursos de BICC; y d) mayores márgenes de beneficio, como consecuencia de las economías que se esperaba conseguir.

La Comisión consultó a Glynwed's y a los demás fabricantes nacionales de cables, así como a los clientes, grandes y pequeños, de las dos firmas fusionantes. Las opiniones recogidas pueden sintetizarse así: respecto a la posibilidad de que frente a la empresa resultante de la amalgama surgiese una competencia susceptible de limitar su influjo dominante, unos pensaban que Glynwed's, cuyo producto era técnicamente aceptable, se alzaría como rival peligroso; otros, opinaban que, por su inferioridad de dimensión, esta compañía no podía esperar que su participación en el mercado creciese mayormente. En cuanto a la eventual compe-

tencia de los fabricantes de cables en general, prevaleció el criterio de que si cualquiera de ellos entrase en el negocio de artículos con aislante mineral, tendría que vencer dificultades técnicas, pero ninguna verdaderamente grave;— ahora bien, se reconocía que para ~~acometer~~ tamaña empresa era necesaria fuerte inversión de capital y ninguno de — ellos había considerado seriamente la perspectiva. Los — clientes aparecían, por su parte, divididos: mientras las compañías grandes no objetaban, los numerosos usuarios y — distribuidores no ocultaban, en cambio, el temor a que la amalgama llevara a un incremento gradual de los precios o a una reducción de los descuentos. Este era, sobre todo, — el punto de vista de los mayoristas en artículos electró — nicos, de ciertos astilleros navales y de casas instalado — ras de corriente para energía o alumbrado (olectrical con — tractors). Este último sector apuntó además que la BICC — poseía también un departamento de instalación eléctrica, — con el cual tendrían evidentemente que competir las empre — sas instaladoras, por lo que era de temor, si se consumaba la fusión, que BICC - Pyrotenax intentara desbancar a sus rivales, vendiéndoles a precios discriminatorios el cable o negándoles el suministro. Por otra parte, diversos fabri — cantes de cable que solían comprar a BICC o Pyrotenax las variedades con mineral aislante para completar su gama, ex — presaron análoga aprensión en el plano de los contratos de adjudicación del tendido de líneas conductoras por las cen — trales eléctricas, en el que también operaba un departamen — to especializado de BICC. Era, en efecto, imaginable que — el grupo futuro los negara o escatimara los suministros — para ponerles en inferioridad competitiva.

Al sopesar ventajas o inconvenientes, la Comi —

590

sión empezaba (párrafo 136) por reconocer sin ambagos que -  
"la fusión parece haber reducido la competencia en la oferta  
de cable con aislante mineral en el Reino Unido prácticamen-  
te a cero", y más adelante recogía manifestaciones de diver-  
sos testigos (párrafo 137), según los cuales algunos usos -  
de ese tipo de cable son sencillamente "esenciales", por --  
sus cualidades excepcionales de resistencia al calor, segu-  
ridad en ambientes inflamables, resistencia a los daños de-  
tipo mecánico y larga duración. Ahora bien, el informe limi-  
taba el alcance de la observación, añadiendo que en países-  
como Alemania y los Estados Unidos se consumía poco aquella  
variedad y que los vocales no habían descubierto un solo ca-  
so en que fuese rigurosamente imprescindible el cable con -  
aislante mineral; en todos los sectores se había comprobado  
que el cable ordinario era viable, a pesar de su inferiori-  
dad técnica. Por lo tanto (párrafo 138) la "competencia de  
sistemas alternativos...impone un techo a los precios del -  
cable con aislante mineral".

Asimismo la Comisión reconocía que la reducción -  
de competencia entre los protagonistas (párrafo 143) podría,  
al menos en teoría, "tener consecuencias indeseables", con-  
cretamente abocar a elevaciones de precios y empeoramiento  
de la calidad del servicio, anón de la pérdida por el grupo  
de todo incentivo a proseguir la política de investigación-  
y progreso técnico desarrollada bajo el aguijón de la compe-  
tencia mutua por BICC y Pyrotenax separadamente durante lar-  
gos años. Pero inmediatamente volvía a suavizar su postura-  
(párrafo 144), haciendo constar que "la política de adminis-  
tración descentralizada de BICC, aunque no sea equivalente-  
a la libre competencia entre compañías separadas, no deja -  
de ofrecer cierta seguridad de que se explotarán adecuada -

mente las posibilidades del cable con aislante mineral".

Igualmente repercutían en la Comisión los tenores expresados por los fabricantes de cables y las casas de instalaciones eléctricas, y se reconocía que aún existiendo la posibilidad de mayor competencia por Glynwed así como la de acceso de nuevos oferentes al mercado, se trataba de perspectivas más bien remotas.

Terminantemente el informe acogía el argumento de mejora de las exportaciones, apreciando (párrafos 112-113)- que el incremento más rápido de las ventas al extranjero -- "puede aparecer" como "el resultado más valioso de la función para el interés público". Reconocía asimismo que podrían derivarse importantes economías de escala, señalando que si se transferían esos ahorros al consumidor habría margen para una rebaja del 4% en los precios de venta de la producción total.

Las consideraciones precedentes revelaban la perplejidad de la Comisión. Por un lado, era meritorio que la aprobación pura y simple implicaba cheque en blanco a un monopolio casi total; por otro, informar desfavorablemente un proyecto que tantas ventajas técnicas y comerciales prometía, suponía destrozar en nombre de la fría letra de la ley una combinación digna de apoyo en interés de la economía nacional. La solución consistió en recomendar la aprobación, previa promesa de que la BICC respetara diversas salvaguardias y condiciones que, en número de nueve, se enumeraban detalladamente (apéndice 5);

1) Que el futuro desarrollo comercial (incluyendo la investigación necesaria) y la explotación de cable con aislante mineral en el Reino Unido y países ultramarinos no fuesen nunca coartados por las demás ramas de negocio en que ejer-

cía BICC, es decir, que BICC no sacrificase ni postergase el sector de referencia en aras de sus otras manufacturas;

2) que las reducciones de coste conseguidas como resultado de la operación se utilizaran para promover el uso y extender las ventas de cable con aislante mineral y reducir los precios netos de venta a los consumidores (o para evitar incrementos necesarios por otros conceptos);

3) que BICC continuara abasteciendo a los mayoristas en condiciones normales, es decir, análogas a las que se aplicaban corrientemente a otras clases de cables;

4) que BICC no cesara de suministrar a los demás fabricantes de cables con la variedad dotada del aislante mineral, a precios y en condiciones de continuidad y abastecimiento que les hicieran posible vender esta clase de cable;

5) que BICC no otorgara a su departamento de instalaciones eléctricas precios, condiciones, servicios o suministros de cable con aislante mineral más favorables que los que concediera a casas de la misma profesión;

6) que BICC no ofreciese condiciones o precios especialmente favorables, en relación al cable con aislante mineral, a cliente alguno con el objetivo de inducirles a que lo compraran otros tipos de cables;

7) que BICC no fijase para el cable con aislante mineral precios o condiciones antieconómicos con el objetivo de desbancar a sus competidores; en otras palabras, se trataba de impedir que BICC entablase con Glynwed una competencia desleal;

8) que BICC publicara sus precios de lista y pusiese a disposición de cada categoría de clientela sus condiciones contractuales, con carácter general y, por último,

9) que, si el Ministerio de Comercio lo recabase en cualquier momento, BICC se aviniera a conceder licencias relativas al

uso de toda patente en materia de cables con aislante mineral en condiciones razonables.

A pesar de la amplitud y precisión de estas condiciones, la Comisión parecía seguir atenazada por escrúpulos de conciencia, como lo revela el tono "más bien apagado", según la expresiva calificación del profesor ALISTER SUTHERLAND (284 ), del párrafo final:

" Los beneficios económicos que se espera deriven de esta fusión,..., no son de importancia suficiente como para indicar que fuese el interés público a sufrir mayormente si la fusión no hubiese tenido lugar... Los beneficios esperados no son ciertamente desdeñables, pero a la vista del éxito y abundancia de recursos de Pyrotenax a lo largo de los años, no cabe presumir que la competencia persistente no produjera resultados igualmente buenos. Creemos que es lamentable que la competencia en este campo quedara reducida, pero... no prevenimos que en consecuencia sufran los usuarios de cable con aislante mineral. En compensación,...., la mejora de perspectivas en la exportación.... podría resultar de gran valor. Hemos tenido que confrontar a esto el incremento del poder de monopolio... de una compañía que ya es dominante en la industria de cables, lo cual ha suscitado en algunos sectores aprensiones que nos han parecido justificadas, pero consideramos que las diversas seguridades recibidas de la BICC,....., ofrecen una salvaguardia razonable".

Las palabras transcritas se cuentan solas. No es extraño que el informe de la Comisión fuera criticado, y que determinados comentaristas, como el citado SUTHERLAND, seña-

---

(284) The Monopolies Commission in Action, págs.55-64, Cambridge University Press, 1969. El autor es catedrático de Economía Aplicada en Cambridge.



lasen incongruencias. Por ejemplo, apunta SUTHERLAND a propósito del fomento de las exportaciones, entre otros, los siguientes reparos : Si, como BICC prometió, se mantendrán por separado sus secciones y las de Pyrotenax, no se ve claro cómo las ventas al extranjero van a rendir esos beneficios especiales, ya que precisamente la justificación que se invocaba era la acción común de promoción de ventas. Una de dos : -- o la separación prometida por BICC es "pura charada" (SUTHERLAND dixit), y en ese caso ¿qué se hizo de las seguridades que la Comisión exigía?, o es efectiva, hipótesis que excluye garantía o certidumbre de expansión especialmente significativa de los envíos. Por otra parte, si es verdad que, como alega BICC, los mercados extranjeros exigen "cultivo" y dedicación, es cuando menos discutible que quepa lograr "reducción en el gasto necesario por cada unidad de incremento en las ventas", ya que ese cultivo y dedicación implica necesariamente el refuerzo y aumento de las campañas publicitarias y prospectoras. Tampoco parecen plenamente satisfactorias las garantías 1) y 2), relativas, respectivamente, al futuro desarrollo de su negocio y a la utilización de los ahorros de costes resultantes de la fusión. ¿Qué criterios o qué elementos de juicio tendrá el Ministerio de Comercio para saber si BICC cumple en cualquier momento dado esos compromisos? En cambio, la preservación de Pyrotenax en cuanto firma independiente habría mantenido la tensión competitiva, suficiente por sí sola a través de tantos años, para obligar a las compañías a modernizarse constantemente, a investigar métodos nuevos y rebajar costes.

Podríamos extender el análisis a otros casos, pero alargando fatigosamente una exposición que no descubriría en definitiva nada nuevo. Importa mucho más preguntarse si de --

los informes publicados hasta ahora por la Comisión se extrae alguna conclusión de validez general, alguna línea definida de concepción o enjuiciamiento. En este punto, A. SUTHERLAND ha hecho (op.cit., págs. 65-70) un meritorio ensayo de análisis comparativo, fijándose en cómo investigaba la Comisión cada uno de seis aspectos concretos, a saber: 1) cuantía de las economías presuntamente resultantes de la operación; 2) efecto de la concentración sobre los beneficios; 3) efecto sobre las exportaciones; 4) beneficios para el público; 5) perjuicios para el comercio del sector; 6) reducción del grado de competencia. Pues bien, las conclusiones son más bien desconsoladoras aunque no conviene olvidar que cuando el autor escribía, sólo se habían publicado nueve informes, los nueve primeros de nuestra lista, y que aun hoy, en que ya contamos con catorce, la jurisprudencia sigue siendo parva. He aquí las deducciones :

- A las economías de escala y de racionalización la Comisión ha prestado atención en grado variable. Ahora bien, hay que reconocer que en los casos en que logró cuantificar los ahorros netos previsibles, éstos parecían bastante pequeños. En el futuro, se debería, pues, exigir a las compañías, cuando invoquen como justificación esta clase de economías, que las cuantifiquen en cada caso, y que expliquen, por ejemplo, si lo que pretenden afirmar es que sus fábricas son demasiado pequeñas, o que la compañía misma es excesivamente pequeña.

- El efecto sobre los beneficios no ha sido apenas estudiado de modo sistemático, salvo en el caso BICC-Pyrote-nax y en el de Thorn-Radio Rentals, y, por lo tanto, no cabe extraer conclusión general.

- En cuanto al posible efecto sobre las exporta --

ciones, las sociedades lo invocan con mucha más largueza de la que la Comisión ha mostrado al enjuiciar el alegato. Sólo en el asunto de BICC/PYROTENAX revistió la aceptación carácter decisivo, y asimismo desempeñó papel de cierta importancia en el caso BMC/Pressed Steel; en los demás dictámenes la Comisión no mostró mayor preocupación.

-- En cuanto a beneficios o ventajas para el público, es notable comprobar que muy poco se ha dicho de este aspecto en los casos en que las fusiones se han considerado compatibles con el interés público. La conclusión es, naturalmente, que no es la eventual existencia de ventajas para el público consumidor la consideración que explica por qué las concentraciones aprobadas estaban libres de objeción o tacha prohibitiva. Bien es verdad que, con arreglo a la letra de la Ley, que sólo habla de que la operación opere o no contra el interés público, no hace falta demostrar estas ventajas para que la Comisión dé un dictamen favorable, pero no deja de ser cierto que el mejor indicador de que una fusión determinada no va contra el interés general sería precisamente la existencia de ventajas tangibles para el público.

-- En cambio, sí parece apuntar como uno de los criterios determinantes la posibilidad de que con la fusión se irroguen daños a sectores concretos del comercio y la industria, ora competidores, ora clientes, de las firmas fusionantes.

-- En cuanto a la reducción de la competencia como efecto de la amalgama, no se deduce en absoluto un módulo definido y, desde luego, no hay razón decisiva por la que haya que considerar menos grave la reducción del grado de tensión competitiva en los casos BMC/Pressed Steel, GKN/

Birfield y BICC/PYROTENAX que en los dos proyectos Ross/Associated y UDS/MONTAGUE, a menos que, como también apunta SUTHERLAND, la Comisión se sienta más preocupada y rigorista. en los mercados de crecimiento relativamente lento y con ventas predominantes a los consumidores finales, es decir, al público.

La conclusión, todavía válida en 1971, es que de momento no cabe dictaminar si hay incongruencia entre los diferentes informes, porque quedan pendientes de elaboración -- los criterios de dictamen adecuados; por otra parte, es decisiva la cantidad y calidad de información que la Comisión examina y estudia en cada asunto. Es posible, pues, dice el autor no sin humor, que para la Comisión sea palmario el porqué la absorción proyectada por BICC merecía aprobación y la proyectada por Ross, más seguirá siendo un misterio para profanos que no pueden lógicamente captar todo el sentido (feel) de las pruebas y datos acumulados. "Lo que sí emerge con claridad -termina SUTHERLAND- es que la probabilidad de beneficios sustanciales y lo bastante rápidos como resultado de las fusiones entre compañías ya grandes y dominantes no resulta ser tan alta. en los casos estudiados hasta el momento".

#### d) Conclusiones.

Hagamos un resumen valorativo del sistema vigente en el Reino Unido, si bien con la advertencia de que, por proyectar el ~~nuevo~~ gobierno conservador una nueva reforma de la legislación de competencia, las observaciones que se formulan son sólo provisionales:

Primera.- El sistema puede ser eficaz, pues confiere al Gobierno la facultad no sólo de suspender todo proyecto sospechoso de atender al interés público, sino la de prohibir su consumación, incluso la de deshacer amalgamas realizadas clan

destinamente si son descubiertas dentro del semestre siguiente. Gran Bretaña cuenta, pues, con un mecanismo de control preventivo para las grandes operaciones, que son las que realmente interesan a la economía nacional. Además, no sólo es posible la persecución de las fusiones horizontales, sino también las verticales, incluso las conglomeradas o mixtas, ya que junto al criterio del tercio de la oferta del producto en el mercado nacional o en un mercado regional importante, criterio que únicamente vale para las operaciones entre competidores, figura asimismo el índice absoluto de los cinco millones de £ en activos netos como valor de la empresa absorbida, módulo evidentemente aplicable tanto si los protagonistas son rivales como si actúan en sectores absolutamente distintos.

Segunda.- El concepto legal de la concentración es muy amplio y cubre, por lo menos teóricamente, todos los supuestos imaginables, tanto a través de vínculos de capital como por nexos personales.

Tercera.- En cambio, es nota negativa que el funcionamiento del sistema depende únicamente, siquiera en la decisión inicial de entablar o no procedimiento, de una autoridad política y no de un órgano jurisdiccional, que muy bien podría ser el Tribunal de Prácticas Restrictivas (Restrictive Practices Court) creado en 1956, con las modificaciones que eventualmente se considerasen necesarias. Este rasgo es tanto más chocante y, tal vez, lamentable, cuanto que Gran Bretaña es el Estado que ha elevado al Poder Judicial a la máxima expresión de independencia y dignidad. La consecuencia es clara: al encargarse de apreciar un órgano gubernamental, y precisamente el Ministerio de Comercio, si determinado proyecto concentrador es o no susceptible de incidir contra el-

"interés público", es previsible, más aún, obligado, que ese órgano no sólo considere la eventual reducción de competencia o la formación de un poder monopolístico, sino -- también diversas razones de política económica general que poco o nada tienen que ver con la competencia, y que ya se han citado : desarrollo regional, fomento de exportaciones, pleno empleo, racionalización industrial, etc. Si no lo hiciera así, el departamento faltaría a su deber, pues su ánbito de competencia roza en mayor o menor grado todas esas zonas, y plenamente, desde luego, la de fomento de las ventas exteriores.

Cuarta.- Como corolario cabe tener fundadamente que, al no respaldar la defensa de la competencia ningún sector corporativo ni institucional de la sociedad, ni grupo de presión alguno, salvo de modo episódico e incidental, el -- fiel de la balanza crítica del Gobierno se inclina en la -- mayoría de los casos hacia las consideraciones de pleno empleo, estrategia exportadora o desarrollo regional, que, en cambio, sí tienen valedores orgánicamente constituidos y -- en acción permanente. No queremos decir con esto que el Ministerio de Comercio juzgue con deliberada parcialidad las concentraciones empresariales, pero sí que por imperativos de la política y también por puras razones psicológicas, -- preponderen en su ánimo los argumentos en favor de la integración de firmas, objetivo oficial en casi todas las naciones industriales, sobre el principio un tanto abstracto de libertad de competencia. En una palabra : el sistema -- adolece, in radice, de garantías de neutralidad.

Quinta.- Nos parece asimismo objetable la vaguedad de la expresión "interés público", que convendría especificar. -- No hay un solo precepto que la aclare. La única deducción--

que teóricamente cabría inferir es que, tratándose precisamente de una de fusiones y monopolios, será contrario al -- "interés público" todo lo que suponga una reducción notable de tensión competitiva o la formación de un poder monopolístico sin causa excepcional. Tal es o debería ser, a nuestro juicio, el enfoque correcto del artículo sexto, pero hemos comprobado que, por desgracia, la Comisión de Monopolios, -- obligada por su mismo nombre y función legal, a dar prioridad a las consideraciones de estructura del mercado, no se ha planteado esa interrogante en muchos de los informes favorables por ella elaborados. Ahora bien, es el legislador quien ha dejado abierto un portillo ("el que hace la ley, hace la trampa"), tanto más cuanto que la ley no exige que la operación concentradora sea imprescindible para la economía nacional, sino meramente que "no actúe contra el interés público". En estas condiciones, la Comisión ha podido absolver moralmente a una serie de fusiones sin violar la letra del texto de 1965, ya que a la objeción de que, según ella misma, se trataba de operaciones peligrosas por el grado de fuerza económica que acumulaban sus participantes, siempre había respondido que era mayor aún para el interés general -- el beneficio consiguiente al aumento de las exportaciones, y así se ha hecho en los casos BMC/Pressed Steel, GKN/Birfield y BICC/Pyrotenax. Bien es verdad que para Inglaterra la exportación es necesidad vital, ("exportar o morir"), pero habiendo apreciado el Ministerio de Comercio, responsable del fomento de la exportación, que la concentración parecía susceptible de afectar al interés público, no tenía la Comisión por qué sentirse más papista que el Papa.

Sexta.- Respecto al grado de eficacia de la Ley de Monopolios y Fusiones, ya se han recogido los primeros frutos, si

quiera en menor cuantía que lo deseable, pues hemos comprobado que el traslado por el Gobierno a la Comisión de proyectos de envergadura y el consiguiente informe negativo o reticente sirvieron para que no se consumara la concentración planeada. Es asimismo notorio que muchas empresas han desistido de sus propósitos de absorción de competidores - en vista de la disposición contraria del Ministerio de Comercio. Sería, pues, injusto tildar de esterilidad al régimen. Ahora bien, a tenor de las concentraciones colosales consumadas sin que el Ministerio de Comercio pusiera la menor dificultad, antes bien con su frecuente anuencia y estímulo, el balance dista mucho de ser positivo. Es más, frisa en lo contradictorio. la política de concentración - seguida por el Gobierno laborista en el quinquenio 1965 -- 1970, pues por un lado trasladó, según vimos, a la Comisión de Monopolios dos concentraciones importantes, mas no anormalmente voluminosas, en el sector de industrias auxiliares del automóvil, y en cambio, poco después dió su bendición a la integración de nada menos que BMC y Leyland Company, los dos mayores fabricantes nacionales de automóviles, en una holding común con el nombre de The British -- Leyland Motors Company, justificándola ¿cómo no? con el argumento de promover exportaciones a los Estados Unidos y a Europa continental. Por otra parte, no en todos los casos - informados negativamente por la Comisión se logró un resultado definitivo, pues al poco tiempo de publicarse el dictamen Ross/Associated, se autorizaba la fusión de las flotas de arrastre de entrambas firmas.

Séptima.- El nuevo Gabinete conservador ha suprimido la - Corporación de Reorganización Industrial y se propone revisar la legislación vigente en materia de monopolios y -- prácticas restrictivas. Una de las reformas probables con-



sistirá en ampliar las atribuciones del Tribunal de Prácticas Restrictivas; pero se ignora cuál será el esquema del supuesto nuevo ordenamiento.

### 3.- Los sistemas de notificación obligatoria.

Dos ordenamientos han adoptado este sistema : el alemán y el español. De momento, ciñámonos al estudio del primero. Advirtamos que la República Federal está a punto de pasar al campo de los países que han adoptado el método del control preventivo, en virtud de un proyecto de ley que ya se encuentra en el Parlamento. Ahora bien, como las autoridades de la Comunidad Económica Europea y sus juristas y economistas discuten la posibilidad de intervenir en las fusiones de gran porte susceptibles de restringir la competencia o formar monopolios, dedicaremos al Tratado de Roma la última parte del presente Capítulo.

#### REPUBLICA FEDERAL ALEMANA.

Desde el año 1957, dispone Alemania Occidental de un derecho orgánico de la competencia, contenido en la Ley contra las Restricciones de la Competencia (Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen) de 27 de julio de 1957 (285), familiar y abreviadamente conocida como "Ley de cárteles" - (Kartellgesetz) si bien el texto ha sido notablemente modificado por la reforma (Novelle) de 15 de septiembre de 1965, siendo, por cierto, el registro de fusiones uno de los puntos enmendados (286). En los párrafos siguientes se analizan sucesivamente los antecedentes de esa legislación, los preceptos pertinentes y su aplicación, y por último, los --

---

(285) Boletín Legislativo Federal (Bundesgesetzblatt) I núm. 41, del 9 de agosto de 1957, págs. 1081 y sigs.

(286) Boletín Legislativo Federal I, pág. 1363. Sin embargo, no se insertó el texto revisado completo hasta el 8 de enero de 1966, pág. 37.

rasgos principales del nuevo proyecto.

a) Antecedentes históricos y legislativos de la Ley en vigor.

En Alemania el desarrollo industrial, que no se afianzó hasta la segunda mitad del siglo XIX, o sea media-centuria más tarde que en Gran Bretaña, cristalizó inmediatamente en grandes firmas y especialmente de complejos o grupos de sociedades, así como en asociaciones permanentes de empresas de ciertos sectores, llamadas cárteles, para regular en común la política de ventas y precios, y esos grupos y asociaciones contaron enseguida con el apoyo oficial del Estado imperial, como instrumentos ideales para la disciplina de la industria básica. Al contrario que en las Islas Británicas, la eclosión del capitalismo fabril en el Primer Reich se desplegó bajo el triple signo de concentración colosalista, regulación concertada de los mercados e intervencionismo estatal. Pronto surgieron firmas tentaculares en la siderurgia, generalmente asociadas al nombre de capitanes tan dinámicos y emprendedores (KRUPP, THYSSEN) como los fundadores de la industria norteamericana; en la química, la electricidad y la construcción de maquinaria. Por su parte, los principales bancos consiguieron dominar mediante fuertes participaciones accionarias o consejos comunes a las mayores empresas industriales, algunas de las cuales les debían incluso su creación, proceso que más tarde analizaron minuciosamente, con evidente dogmatismo doctrinario, LENIN, HILFERDING, ROSA LUXEMBURGO y otros teóricos del marxismo (287), como paradigma de la presunta primacía del capitalismo financiero sobre el capi

(287) Cfr. entre otros, RUDOLF HILFERDING, Das Finanzkapital, Berlín 1909; LENIN, El imperialismo, estadio supremo del capitalismo; OTTO BAUER, Die Akkumulation des Kapitals, rev. Neue Zeit, año XXXI, vol. I (1912-1913); ROSA LUXEMBURGO, Die Akkumulation des Kapitals, Berlín (1922).

talismo industrial stricto sensu. Las crisis económicas que se repetían con periodicidad más o menos cíclica solían desembocar en oleadas de fusiones, sobre todo en el sector -- bancario y crediticio, con lo cual se reforzaba la tendencia general del sistema.

Indicio de la amplitud que a fines de siglo había alcanzado el proceso de aglutinamiento empresarial fué el -- hecho de que en 1900 los partidos del centro depositaran -- dos proyectos de ley, el primero para promover una encuesta sobre las repercusiones socio-económicas de las coaliciones industriales y el segundo para instituir cierta fiscalización pública de las organizaciones monopolísticas (288). Sólo lo cristalizó aquélla, y hechos públicos sus resultados -- (1908), la Dieta (Reichstag) aprobó una Resolución por la -- que se instituía la Oficina de Cárteles, pero el acuerdo no abocó a disposición legal. Antes de la Primera Guerra Mundial la única disposición que se publicó en materia de competencia fué la Ley de 25 de mayo de 1910, relativa a cárteles y no a concentración stricto sensu y no para prohibir -- concierto alguno, sino para establecer el Cártel obligatorio de la Potasa (Kalisyndicat).

Durante las hostilidades (1914-1918) se implantaron otros cárteles por vía obligatoria (carbón, cemento, lignito y grafito) y además proliferaron los conciertos voluntarios, de los cuales uno es muy interesante porque constituye el origen directo de una de las más gigantescas amalgamas de la industria contemporánea, a saber el cártel de 1916 entre la Badische Anilin und Sodafabrik (más conocida por --

---

(288) Citado por RAMON TAMAMES, La lucha contra los monopolios, págs. 135 - 136, Madrid, 1966, Edit. Tecnos, S.A. (2ª edición).

su sigla BASF) y la Hoechst Farbwerke sobre los precios del índigo.

Bajo la República de Weimar (1918-1933) resurgió el sistema de cartelización en cuanto se normalizó, al menos relativamente, la vida económica. Ya en 1922 se hablaba de más de mil cárteles frente a los seiscientos existentes en 1911; en 1925 se estimaba el número total entre 1,500 y 2,000. De esta época datan asimismo los mayores konzerns de la economía alemana : por una parte la I.G. Farbenindustrie, constituida en 1925 por los tres colosos de la industria química, Bayer, BASF y Hoechst, y la Verenigte Stahlwerke, que, conocida también con los nombres de Stahlverein (Unión Siderúrgica) y Cártel del Acero, fué el fruto de la fusión de once grandes empresas siderúrgicas. Desde el punto de vista del derecho antitrust tiene carácter este período accidentado y convulso de la historia de Alemania, pues en él se dictó precisamente la primera disposición general sobre cárteles, el decreto de 23 de noviembre de 1923, contra los abusos del poder económico, siendo STRISEMANN Canciller. Sin embargo, nada se legisló sobre la concentración empresarial, lo cual no debe sorprender, considerando que la amalgama de firmas era a menudo recurso de precaución y defensa de una economía en crisis y zozobra constante, ora por los vaivones azarosos de la política, ora por las fluctuaciones erráticas de la coyuntura financiera e industrial.

El régimen nacionalsocialista (1933-1945), basado en los principios de liderazgo (Führerprinzip) y planificación centralizada, se propuso, por su propia ideología y por necesidades técnicas de su política de coordinación autoritaria, la cartelización forzosa de toda la industria básica, así como el fomento de la concentración empresarial -

en cada sector en torno a las firmas dominantes por su dimensión y su capacidad financiera; en otras palabras, se llevó oficial y declaradamente a sus últimas consecuencias lo que virtual e implícitamente había iniciado la República de Weimar. Por lo que se refiere a los cárteles, se dictaron simultáneamente dos disposiciones fundamentales, con fecha 15 de julio de 1933, la Ley de Constitución de Cárteles Obligatorios, en virtud de la cual se establecieron en los cuatro años siguientes doce cárteles en sectores de cabecera : cemento, lignito, hulla, etc., y la Ley de Modificación del Decreto de Cárteles de 1923, por la que se facultaba al Ministro de Economía para disolver por sí, y ante sí, sin necesidad de solicitarlo al Tribunal Cartelario -- creado por el citado Decreto, los cárteles que, a su juicio, contrariasen el interés general. En cuanto a la concentración, su nota sobresaliente fué el extraordinario aumento de potencia y dimensión que experimentaron los konzernos durante el período, manipulados y estimulados por el Poder Público como instrumento propicio de encuadramiento vertical de la economía. Así, Vereinigte Stahlwerke, Klöckner, I. G. Farbenindustrie, Krupp y Flick, Siemens, etc. recibieron apoyo crediticio del Estado para la ampliación de sus instalaciones, así como la garantía de compra de la producción completa de diversos productos a precios favorables. En 1935 el capital global de los konzernos representaba el noventa por ciento del de todas las sociedades anónimas del país.

La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) acentuó radicalmente el doble proceso descrito de cartelización e integración, al instaurarse el control absoluto del Estado sobre la producción, los precios, la distribución, etc. y al

fomentar el Gobierno las operaciones de anexión de pequeñas empresas por las grandes firmas en los sectores básicos, - especialmente el químico.

b) La política desconcentradora de las potencias de ocupación.

Al terminar las hostilidades en Europa con la -- rendición de Alemania en mayo de 1945, las naciones vencedoras y debeladoras del territorio alemán (Estados Unidos, Unión Soviética, Gran Bretaña y Francia) se propusieron, - de consuno, suprimir las estructuras políticas y económicas del Tercer Reich, y ya la Declaración final de la Conferencia de Potsdam anunciaba en su punto 12, apartado B), el propósito de aniquilar el sistema de cartelización, acusado de instrumento de preparación belicosa : "La economía alemana debe ser descentralizada lo antes posible para suprimir la actualmente excesiva concentración de los medios de poder económico, que se manifiesta sobre todo en la -- existencia de cárteles, sindicatos, trusts y otros convenios monopolísticos".

Pronto se tradujeron en realidad normativa las - declaraciones programáticas, primero en la zona de ocupación norteamericana, y al poco tiempo en las zonas británica (que onseguida pasó a coordinar su legislación económica con la americana, formando con ella "la bi-zona") y - francesa, mientras que la zona soviética quedaba sometida definitivamente a un régimen de socialización de los medios productivos, a tenor del patrón ruso.

a') La Ley americana nº 56 de "prohibición de la concentración excesiva del poder económico alemán" (289).

Según los mismos principios y procedimientos que, según vimos, inspiraron la política norteamericana en Ja -

---

(289) Boletín del Gobierno Militar de Alemania de 28 de enero de 1947.

pón, la Comandancia ocupante promulgó una legislación a la vez desconcentradora y descartelizante a principios de 1947, invocando los acuerdos de Potsdam y el ideal de catequizar o evangelizar en el crédito democrático al pueblo vencido.- Muy breve, la Ley contiene fundamentalmente dos clases de preceptos : por una parte, los que prohíben las empresas, asociaciones y prácticas de fines monopolísticos o restrictivos de competencia y, por otra parte, los que tratan de arbitrar medios para la observancia de las prohibiciones. - El artículo 1º declara ilegales y obligadas a la disolución a las concentraciones excesivas del poder económico alemán, dentro o fuera del país, enumerando entre ellas figuras variadas y dispares, como los cárteles, los sindicatos patronales, los trusts, las asociaciones industriales y las demás formas de conoxión entre personas jurídicas inspiradas en el designio de limitar la competencia, conseguir el dominio monopolístico del comercio interior o exterior o de otra actividad económica, o impedir la entrada de posibles competidores en los mercados nacionales o internacionales. Todas las empresas de la zona americana y del territorio de la ciudad hanseática de Bremen con más de diez mil obreros y empleados, se reputaban concentraciones excesivas. La agencia o autoridad especial que se creaba en el mismo texto legal (artículo 4º) con el fin de aplicar la ley, estaría además obligada a considerar para cada empresa datos concretos compendiables en cinco epígrafes : porcentaje de la producción o actividad de la empresa dentro del total de Alemania, capital social y cifra anual de negocios, número de personas empleadas directa o indirectamente, carácter de la producción o actividad y, por último, índole e importancia de la participación de la firma en cualquier clase de cárteles

o acuerdos semejantes.

b') La ordenanza británica número 78 y las ordenanzas francesas números 95 y 96.-

Las autoridades militares del Reino Unido procedieron, casi al mismo tiempo, a publicar sus propias normas, virtualmente idénticas a la Ley norteamericana (290). En la zona francesa, se dictaron meses después las citadas ordenanzas (291) y la Resolución (arrêté) número 37 (simultáneamente a la ordenanza 96). La ordenanza 96 prohibió toda concentración exagerada de poderío económico en términos análogos a los descritos, y era su única singularidad la diversidad de las penas previstas para sus infractores: multa de hasta un millón de marcos, incluso la confiscación parcial o total de las empresas, mientras que las normas norteamericana y británica imponían multa de hasta doscientos mil marcos o prisión no superior a diez años, o ambas penas cumulativamente.

c') La aplicación de las leyes de reforma: procedimiento y resultados.-

Para el cumplimiento orgánico y sincronizado de las normas citadas se estableció el Grupo de Descartelización y Desconcentración (Decartelization and Industrial Deconcentration Group, abreviadamente D.E.D.I.G., sigla que emplearemos en lo sucesivo), con facultades muy amplias, entre ellas exigir, recoger y recopilar toda suerte de datos sobre la propiedad, productos, dirección, control, organización, conexiones y conducta de las empresas. A él se encomendó la desarticulación de los principales konzernos y cárteles, así como el enjuiciamiento de las infracciones a-

(290) Boletín Oficial del Gobierno Militar británico, pág. 412.

(291) La Ordenanza 96 lleva fecha del 9 de junio de 1947 y se publicó en el Boletín Oficial de la Comandancia Suprema Francesa en Alemania, pág. 784.



las leyes de referencia, y el traslado a los tribunales militares o alemanes de los litigios que no pudiera resolver por sí mismo.

En cuanto al modus operandi, se obligaba a toda empresa sospechosa de actividades monopolísticas, según los módulos legales, a enviar, en plazo determinado (antes del 1º de junio de 1947, según los textos norteamericano y británico), al Departamento Económico del Gobierno Militar en la zona respectiva un informe y una lista adjunta de todas sus propiedades materiales e intelectuales en la fecha de publicación de la ley aplicable; una declaración de todos los cárteles o acuerdos prohibidos en que hubiera participado a partir del 1º de enero de 1938; relación de los accionistas y obligacionistas conocidos, copia del último balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio postero y, por fin, estado del número de personas empleadas el año anterior. Si del informe se deducía concentración excesiva, podía intervenir el mecanismo disolutorio. Comunicada a través del DEDIG la resolución liquidadora del Gobierno militar competente, la firma dispondría de un trimestre para preparar y someter un proyecto de dispersión de su capital y el programa definitivo, una vez aprobado por el propio Mando ocupante, se ejecutaba dentro del plazo concretamente fijado.

Como era de esperar, la presunción legal de "concentración excesiva" determinó que numerosas empresas trataran de escapar al alcance de la Ley, por lo que el mando norteamericano, que ya había dictado una ordenanza ejecutiva para desarrollar el procedimiento, resolvió promulgar otra (con el nombre de "enmienda a la ordenanza número 1"), prohibiendo a las casas presuntamente incursas en la posición de monopolio la enajenación de bienes sin el visto bueno

Fácil es apreciar el paralelismo, por no decir coincidencia, de las medidas legislativas del Alto Comisario norteamericano JOHN MCCLOY con las desarrolladas simultáneamente por su compatriota el "virrey" MCARTHUR en el archipiélago nipón, aunque con la diferencia significativa de que mientras allí correspondía a una Comisión Liquidadora formada por japoneses aplicar el programa desconcentrador, en Alemania Occidental fue un órgano integrado por los ocupantes mismos quien ejecutó las directrices. Bien es verdad que en el Japón no se admitió o se rechazó el plan de disolución propuesto por las zaibatsu y que, por el contrario, en Alemania se invitó a las propias víctimas a diseñar la operación amputadora.

¿Cuáles fueron los resultados de la política desintegradora? Por de pronto, en las industrias química; cinematográfica; hullera y siderúrgica la acción del MEDIG fue importante. Concretamente, en el sector del carbón y del acero fueron desintegrados total o parcialmente grandes konzerns, entre ellos Vereinigte Stahlwerke, el mayor de todos, si no el más reputado; Gute Hoffnungshütte; Rheinpreussen; Hugo Stinnes, los grupos Otto Wolff y Kloeckner y Friedrich Krupp, cuya desconcentración no ha sido total, pues después de varias moratorias quedó sin efecto la orden del Mando norteamericano de que Alfred Krupp, heredero de la firma, se deshiciera de cierto número de títulos y de determinadas fábricas.

En la industria química la novedad más espectacular fue la disolución de la colosal IG. Farbenindustrie AG en sus tres primitivos componentes : Bayer, BASF y Hoechst; en la cinematografía anotamos la disolución de UFA.

so inspiraban en un espíritu que, radicalmente punitivo, abo-  
có en bastantes casos a la división de las firmas en empre-  
sas demasiado pequeñas frente a rivales de las demás nacio-  
nes Occidentales, política que muchos alemanes atribuyeron,  
no sin razón, al designio de hacer de Alemania "una tierra-  
de pastos desde Königsberg a Constanza", según el famoso --  
plan del financiero judío MORGENTHAU, asesor íntimo del Pro-  
sidente ROOSEVELT. Además, la ejecución del programa fue cla-  
ramente discriminatoria, pues apenas afectó a las empresas-  
que, total o parcialmente, pertenecían al capital extran-  
jero.

Sin embargo hacia 1948, cuando ya STALIN había de-  
sencadenado su "guerra fría" contra aliados de la víspera -  
(en particular, el bloqueo de Berlín), la política de los -  
ocupantes viró más diametralmente aun que en el antiguo Im-  
perio nipón. Desde las postrimerías del año, dejaron vir --  
tualmente de aplicarse las leyes descartelizadoras, y se --  
suspendieron las medidas disolutorias. También se fueron re-  
constituyendo paulatinamente grupos de dimensiones pareci-  
das a las de pre-guerra, si bien la Vereinigte Stahlwerke y  
la IG. Farbenindustrie ni han resucitado ni es probable -  
que resuciten. Así la fábrica de tuberías Mannesmann adqui-  
rió la totalidad de las acciones de la empresa de maquina-  
ria Lohmann & Stolterfohl AG y de las minas de hulla ---  
Essener Steinkohlenbergwerke AG, no menos que de la fábrica  
de motores de automóvil Porsche-Diesel, empresas que no ha-  
bían figurado nunca en su órbita. Por su parte, Flick, for-  
zada a desprenderse de la mina Harpener Bergbau AG y de la-  
nombrada Essener, mejoró su situación adquiriendo sustan --  
ciosas participaciones en un centenar de empresas automovilís

Union GmbH (que vendió posteriormente a la misma Daimler)-- la Feldmühle AG, la Dynamite AG, la siderúrgica Stahlwerke AG, y la metalúrgica Buderus'schen Eisenwerken, y en 1955-1956, sin que se opusiera la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, compró sendas participaciones en las siderúrgicas francesa Neuves-Maisons-Châtillon y belga Hainaut-Sambre. Una antigua rama de la Vereinigte Stahlwerke, la Dortmund-Hörder-Hüttenunion, que hemos citado repetidamente al tratar de la CECA, adquirió la firma, hasta entonces independiente, Gebrüder Credé & Co, de Cassel, fabricante de vagones, y compró una participación accionaria en las fundiciones de Siegerland AG, así como un paquete en los astilleros hamburgueses Howaldts werke, propiedad del Gobierno Federal. Inexcusable es citar asimismo la fusión de las fundiciones Phoenix AG y la fábrica de tubos Rheinische Röhrenwerke AG, para constituir la Phoenix-Rheinrohr AG, que, posteriormente, compró una participación en las minas Enscher-Lippe Bergbau AG, así como en los astilleros independientes Blohm & Voss. Tampoco Thyssen se rezagó en la carrera de adquisiciones societarias: La fundición August Thyssen AG posee la mayoría accionaria de la Fundidora del Bajo Rin (Niederrheinische Hütte AG) y de la Deutsche Edelstahlwerke AG, y la mitad del capital de la laminadora Rasselstein-Andornach AG (292).

Son hechos cuya consideración nos induce a preguntarnos si no era cierto el diagnóstico de PAUL M. SWEETZ en 1949: "..... Incluso un programa antitrust de leche agua

---

(292) Cfr. HANS OTTO LENEL, Die Ursachen der Konzentration, págs. 7-11.

menzar la ocupación, se ha quedado en letra muerta....El -  
quadro panorámico de las zonas occidentales con toda sen -  
cillez puede ser resumido en una sola frase : vuelta al -  
statu quo... en la medida que lo permitan las nuevas cir -  
cunstancias" (293). Reteniendo la filiación declaradamente  
marxista del autor, no sorprende el tono radical de la con -  
sura, mucho menos en la época de tensión ideológica en que  
se formuló. Ahora bien, un análisis independiente de impo -  
rativos o prejuicios dogmáticos revela que los colosos di -  
sultos de 1945 a 1948 no se han reconstituido en la forma  
y dimensión que revestían en vísperas de la Segunda Guerra.  
Es, pues, absolutamente falso decir que se ha vuelto al -  
statu quo, cuando han desaparecido la IG.Farbenindustrie y  
la Vereinigte Stahlwerke y la casa Krupp tuvo que renun -  
ciar a la fabricación de cañones pesados, su negocio tra -  
dicional. La objeción de que firmas desconcentradas por -  
los mandos ocupantes hayan extendido su influencia en la -  
industria nacional es sólo relativamente válida, pues, sal -  
vo excepción, esas compras societarias o absorciones han -  
tenido carácter vertical, por ejemplo la participación to -  
tal o parcial de una acería o de unos altos hornos en una -  
mina de carbón o en una fábrica metalúrgica o en unos as -  
tilleros, o de signo mixto o conglomerado, y nunca ha plan -  
teado situaciones declaradamente monopolísticas en el son -  
tido científico de la palabra monopolio. Además, recorde -  
mos que esas operaciones han sido supervisadas a partir de  
1952 por la Alta Autoridad de la CECA, y que es más en el -  
plano internacional que en el interior de Alemania donde -

---

(293) The German Problem, artículo publicado en la Monthly Review (junio de 1949), citado por R. TAMAMES, op.cit., pág. 152, nota 42.

se ha manifestado con ritmo inquietante la evolución concentradora. La realidad es que en la República Federal no se ha consumado concentración tan voluminosa como la que reseñamos, en el epígrafe de la CECA, a propósito de Dortmund-Hörder y la holandesa Hoogovens, salvo quizá, a escala bastante menor, la citada fusión Phoenix-Rheinrohr responsable de que el mercado de tuberías de acero adquiriera fisonomía oligopolística.

Cabe, en resumen, sintetizar la acción de los aliados occidentales contra los konzernos germánicos, del mismo modo que hicimos acerca del desmantelamiento de las zaibatsu niponas : se les asestó un golpe que jamás sufrirán ni imaginarán; golpe que, si no mortal, abatió su prestigio y, sobre todo, su sentimiento de fortalezas inexpugnables, del mismo modo que la batalla de Lepanto no destruyó el Imperio Otomano, y sí la leyenda de una Sublime Puerta invicta, y no evitó Bailén que los ejércitos de Napoleón ocuparan España, pero demostró que se les podía hacer capitular.

c) El régimen vigente : análisis de sus antecedentes y características.

En 1948, Alemania Occidental recobró su soberanía y se dispuso a revisar la legislación aliada para sustituirla por normas nuevas. Ya en 1948, el profesor LUDWIG ERHARD, Director de la Administración Económica, más tarde ministro de Economía bajo los sucesivos Gabinetes cristiano-demócratas presididos por KONRAD ADENAUER y por último, sucesor de éste en la Cancillería federal (1963-1966), presidió una Comisión de técnicos que sometió al Gobierno en julio del año siguiente dos proyectos : uno para salvaguardar el funcionamiento de la competencia y otro para crear una oficina de

monopolios, y es significativo que no se previera nada en punto a operaciones de concentración, tanto más cuanto que los comisionados, especialmente ERHARD, eran adeptos de la llamada escuela de Friburgo, adalid de la libertad de competencia, partidaria de la multiplicidad de empresas medianas o pequeñas y enemiga de todo gigantismo empresarial. Entrambos textos se reducían, en definitiva, a la prohibición rigurosa de los acuerdos restrictivos de la competencia y al otorgamiento a la Oficina de Monopolios de facultades suficientes para desarticular los cárteles e imponer a las empresas monopolísticas precios y volúmenes adecuados. En otras palabras, se trataba de paliar los efectos de las estructuras monopolísticas que surgiesen, pero no se preveía nada para evitar que nacieran y se consolidasen. Por lo demás, los dos proyectos tropezaron con la cálida oposición de influyentes sectores políticos y económicos, poco adictos a la "economía social de mercado", postulada por el propio ERHARD, WALTER DUCKEN, MULLER-ARMACK, etc. y nostálgicos, en el fondo, de los esquemas corporativos y organicistas del antiguo sistema. Industriales del Ruhr, prohombres del partido liberal-demócrata íntimamente vinculados a los medios financieros, banqueros, diputados del partido cristiano-demócrata y, también, determinados dirigentes de los Sindicatos y miembros activistas del partido social-demócrata, reprocharon a las dos propuestas su exceso de complejidad y calificaron de excesivos los poderes previstos para la oficina de Monopolios, consiguiendo del Ministerio Federal de Economía la elaboración de un texto menos severo, cuyas características no interesan aquí, pues se refieren únicamente al régimen de los cárteles.

a) El control preventivo en el proyecto de 1952 : un designio frustrado.

El 13 de junio de 1952, previa aprobación de la -

Cámara Alta (Bundesrat o Consejo Federal) conforme a los preceptos constitucionales, entregó el Gobierno Federal al Bundestag su primera proposición articulada, si bien no pudo votarla en el período de sesiones de 1953, por lo cual hubo que presentar nuevamente el proyecto en 1954. Después de ochenta y seis sesiones de la Comisión de Política Económica del Bundestag, se elaboró en junio de 1957 un texto definitivo de Ponencia que, con notables modificaciones al original, fue sometido al pleno y por él adoptado. Promulgada el 27 de julio del mismo año con el simple título de la "Ley contra las restricciones de la competencia" (294), paladinamente expresivo de la modestia de su alcance, la Ley entró en vigor el 1º de enero de 1958. Muchos autores la atribuyen, sin embargo, el título abreviado de "Kartellgesetz", o Ley de Cáteles, y hay quien la llama "Constitución Económica" (Wirtschaftsverfassung).

Entre las alteraciones esenciales sugeridas al Pleno por la Comisión figuraba precisamente la supresión del régimen de previa autorización delineado por el artículo 182 de la propuesta gubernamental, que decía :

"1.- Requerirá autorización de la autoridad cartelaria la amalgama ( Zusammenschluss ) de dos o varias empresas, siempre que pueda tener como consecuencia que las empresas amalgamadas obtengan en una zona definida por límites no estrictamente locales una posición dominante del mercado (marktbeherrschendes Unternehmen) en el sentido del artículo 17, párrafo 1, para una categoría determinada

---

(294) Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen, abreviadamente GWB, Boletín de Legislación Federal, I, págs 1.081 y sgs.



"2.- La autoridad cartelaria sólo podrá conceder la autorización a una amalgama del tipo descrito en el párrafo 1 cuando compruebe que las empresas así concentradas no obtendrán en el territorio federal posición de firma dominante del mercado en el sentido del artículo 17, -- párrafo 1, acerca de una categoría determinada de mercancías o servicios económicos".

"3.- Serán de aplicación en lo que corresponda los párrafos 1 y 2 en caso de que una empresa que participe en una amalgama ya tenga posición dominante del mercado con arreglo al artículo 17, párrafo 1 en relación con determinada categoría de mercancías o servicios económicos, y de que esa posición sea reforzada por la amalgama".

"4.- Si una de las empresas que pretendan amalgamarse es empresa de un konzerno en el sentido del artículo 15 de la Ley de Sociedades por Acciones (296), deberán ser consideradas como unitarias a los efectos de los párrafos 1 y 3, todas las firmas del konzerno".

"5.- Podrán preverse limitaciones, condiciones e imposiciones en la autorización, y será de aplicación en --

---

(295) El artículo 17, párrafo 1, definía como "empresa dominante del mercado" a toda empresa "que no se enfrente a una competencia sustancial (wesentlicher Wettbewerb) para de terminada categoría de mercancías o servicios económicos, y especialmente en la medida en que...se halle, habida cuenta de la magnitud de su participación en el mercado, en condiciones de fijar la producción de cierta clase de mercancías o los precios y condiciones de transacción (Geschäftsbedingungen) para una categoría concreta de mercancías o servicios económicos sin tomar sustancialmente en consideración la competencia, y sea capaz de influir así en el mercado...".

(296) Se trata de la ley de 1937, que no ha sido alterada por la de 1965 en su artículo 18.

lativo a la posibilidad de revocar la autorización):

El texto es meridiano y no exige explicación. Se trata, ni más ni menos, de establecer un régimen de tipo japonés, tanto más riguroso cuanto que la posición dominante no se computaba necesariamente en el marco del territorio federal, sino también en espacios menores, con la única --salvedad de los distritos o demarcaciones estrictamente locales. Observemos, sin embargo, en el párrafo dos una atenuación del primero, pues al establecer que el órgano gubernamental jurisdiccional "sólo podrá" dar su consentimiento cuando compruebe que las empresas integradas no --van a conseguir "posición dominante" en el territorio federal (im Bundesgebiet), quiero decir implícitamente que no estará obligado a denegarlo cuando la posición de dominio se refiera a una parte de ese territorio.

Otra nota de relieve es prohibir virtualmente a las empresas ya dominantes de su mercado respectivo que si gan extendiéndose mediante fusión (crecimiento externo), y por último, conviene retener la posibilidad legal de licencia o permiso condicional, como solución flexible e intermedia, que parece inspirada por la técnica administrativa y jurisdiccional de los Estados Unidos.

Ahora bien, la originalidad del proyecto radicaba, a nuestro entender, en la enumeración de los tipos de amalgamas sujetos a previo control. En efecto, decía el artículo 19 :

"Se considera como amalgama en el sentido del artículo 18 :

1.- La adquisición de la propiedad o de un derecho real de utilización de instalaciones fabriles de otras empresas;

- 2.- El alquiler y el arriendo de instalaciones fabriles de otras empresas;
- 3.- Los contratos de traspaso de la explotación y de dirección de negocio relativos a instalaciones fabriles de otras empresas;
- 4.- La adquisición del patrimonio y la adquisición del derecho de disfrute de otras empresas;
- 5.- La fusión con otras empresas;
- 6.- La conclusión de contratos de comunidad de ganancias- (Gewinngemeinschaftsverträge) con otras empresas;
- 7.- Todo negocio jurídico (Rechtsgeschäft) mediante el cual los miembros de la dirección de una empresa (miembros del Consejo Directivo, Directores del negocio, miembros del Consejo de Vigilancia, altos empleados) se conviertan en miembros de la dirección de otra empresa;
- 8.- La adquisición de derechos de participación de cualquier clase en otras empresas, conforme a la medida en que, juntos o unidos a otros ya poseídos, confieran a la empresa influencia dominante o suficiente número de votos para impedir una modificación de estatutos en otras empresas".

Ante todo, resplandece la minucia y detalle con que el Gobierno Federal pretendía regular todos los supuestos imaginables de concentración empresarial, algunos de los cuales parecen rebasar manifiestamente el ámbito de la integración orgánica y pertenecer al campo propiamente contractual, como el sexto, relativo a los contratos de comunidad de ganancias, equivalentes a las cuentas en participación del Código español de Comercio, así como la adquisición de un simple derecho de goce o disfrute (Niessrecht) a que se refiere el cuarto apartado.

la técnica jurídica que se conceptúan como casos de "amalgama" simples acuerdos entre firmas que no pierden su personalidad jurídica ni su autonomía funcional, aunque sólo sea para una ley muy concreta de restricción de la competencia. Lo procedente habría sido dedicarles un artículo aparte o, en último caso, asimilarlos a los cárteles.

La novedad más original del precepto consiste en la inclusión del supuesto de comunidad de directivos entre firmas rivales, que algunos comentaristas de ultra-Rin llaman "unión personal" (Personalunion) trasponiendo plásticamente un concepto del derecho político al de sociedades (297). Es más congruente en este caso la asimilación (ver lo dicho en el Capítulo II) porque la "unión personal" genera casi siempre la coincidencia de directrices en la gestión de las empresas unidas y contribuye decisivamente a formar voluntades sociales idénticas. Notemos, por otra parte, que el proyecto alemán apuntaba, igual que la ley japonesa, más lejos que la Ley Clayton, la cual no llegó ni remotamente a imponer la autorización previa ni para fusiones ni para comunidades de directivos, sino que se limitó a confiar a los Tribunales la posibilidad de prohibirlas, incluso, eventualmente, de revocarlas, cuando se demostrara su incompatibilidad con la libertad de competencia.

El artículo 20 preveía, como corolario obligado, la facultad de que la autoridad cartelaria disolviera (lösen) cualquier amalgama consumada sin su autorización, así como-

---

(297) Así, por ejemplo, MULLER-HENNEBERG-SCHWARTZ, - Gemeinschaftskommentar (Comentario colectivo a la Ley definitiva), págs. 717 y sigs. Edic. Carl Heimanns Verlag KG, - 1963.

la de que se revocara (widerrufen) la licencia otorgada (298 ). Igualmente la autorizaba en la hipótesis del apartado 8º y último del artículo 19 (adquisición de acciones u otros títulos de participación en el capital de una firma competidora), a ordenar que los derechos adquiridos se ejercieran sólo con su permiso y que, en su caso, se enajenaran.

Para el supuesto de incumplimiento de alguna ordenanza dictada a tenor del artículo antecedente o de que el titular de una licencia condicional (artículo 18, último párrafo, como se recordará) no observara las obligaciones o cláusulas de la misma, el artículo 21 facultaba a la autoridad para imponer multa de mil a cien mil marcos. En el caso concreto de que se desobedeciera una intimación escrita de disolución o venta forzosa, el precepto preveía incluso la posibilidad de que se nombrase a un "comisario" (Treuhandler) encargado de ejecutar materialmente la operación.

Pronto se desvanecieron las esperanzas del Gobierno Federal, pues las sucesivas fases parlamentarias recortaron, hasta dejarla reducida a expresión puramente simbólica, la regulación preventiva de fusiones. En efecto, ya en su sesión de 2 de mayo de 1954, el Bundesrat o Consejo Federal, al que debe transmitirse, según la Ley Fundamental (299), todo proyecto o proposición de ley antes de que lo examine el Bundestag, impuso amputaciones o

---

(298 ) La justificación (Begründung) aneja al proyecto especificaba que sólo procedería la revocación en el caso de que la licencia se hubiese logrado de modo ilícito, y que por el contrario no procedería la revocación por el simple hecho de que los beneficiarios incumplieran alguna de las condiciones impuestas por la autoridad cartelaria (que podría, eso sí, multarles)

(299 ) Artº. 76, párrafo 2. La Ley Fundamental (Grundgesetz) de 23 de mayo de 1949, llamada de Bonn, es la Constitución de la República Federal.

coraba el párrafo 2 del artículo 18, cuya prohibición a rajatabla se sustituía por una redacción matizada : "Cuando - las empresas amalgamadas obtengan, gracias a la amalgama, - una posición dominante en determinada categoría de mercan- cías o servicios, sólo se concederá autorización si los po- tencionarios demuestran que la operación sirve para lograr - imperativos económicos sustanciales que de otro modo no se- rían realizables y a condición de que sus intereses parti- culares no sean desproporcionados a las exigencias de la - economía nacional". Se modificaba, además, la fórmula del - párrafo 4, referente al caso de que una de las firmas amal- gamadas perteneciera a un konzerno, por otra que, en cierto modo, era paradójicamente más amplia y, por lo tanto, más - severa : la de considerar como empresa única al conjunto - formado por dos o más firmas entre las cuales no existiera, "por razones fácticas", competencia sustancial. Como "jus - tificación" de la primera modificación se decía lacónicamen- te : "Una prohibición ilimitada de la creación de empresas - dominantes del mercado en el ámbito federal parece ir dema- siado lejos. Bajo las estrechas condiciones del párrafo 2 - cabe también autorizar una amalgama de gran envergadura sin peligro de abuso (por ejemplo en el sector energético)". La última frase abona la sospecha de que la situación especial de ciertos ramos como la minería de hulla y la producción - de electricidad, vitales para ciertas regiones, debió inspi- rar las reservas del Bundesrat, que constitucionalmente es- la Cámara representativa de los Estados miembros o Länder.

Ni una palabra del artículo 19, con lo que se on- tendía que el Bundesrat estaba de acuerdo; se pasaba direc- tamente al 20, cuyo párrafo primero se alteraba en los si -

amalgama en contra del artículo 18, o se revoque o limite - una autorización, no perderá validez, pero podrá la autoridad cartolaria:

1.- Ordenar, en los casos del artículo 19, párrafos 1 al 7, que se disuelva la integración;

2.- En el caso del artículo 19, número 8, decretar que los derechos de socio resultantes de las participaciones adquiridas sólo se ejerzan con licencia de la autoridad cartolaria o que sean enajenados, siendo posibles en ambas medidas a la vez". Por lo tanto, sólo se cambiaba ligeramente el párrafo 2, so pretexto de que el nuevo texto suponía "una aclaración". A todas luces se pretendía que una concentración hecha sin permiso legal siguiera surtiendo efecto, mientras la autoridad competente no la disolviese. Ninguna objeción se formulaba a los artículos 21 y 22.

A pesar de todo, el Bundesrat mantenía lo esencial del régimen de control. En primera lectura en el Pleno del Bundestag (24 y 31 de marzo de 1955) se discutió largamente y apasionadamente una alternativa fundamental, a saber, si se había de adoptar el principio de "prohibición" automática del monopolio y del dominio del mercado (Verbotsprinzip), como en el derecho norteamericano, o si bastaba con la idea de perseguir los "abusos" del poderío económico eventualmente resultantes de la posición monopolística o dominante --- (Missbrauchsprinzip), pero no recayó decisión de fondo, sino únicamente el acuerdo de trasladar el proyecto a la Comisión de Política Económica. Como ya dijimos, el laborioso dictamen de la Comisión (28 de junio de 1957) sustituyó la idea de control previo por una simple notificación obligatoria de las concentraciones de cierta envergadura y la posibilidad -

vocara en audiencia pública o privada a las firmas prota -  
gonistas, si juzgaba que la operación era susceptible de -  
generar posiciones dominantes del mercado. Concretamente -  
fue alterado radicalmente el artículo 18, que absorbió ca -  
si todo el 19, cuya enumeración se redujo sustancialmente;  
se delineó en un nuevo artículo 19 el régimen de audiencia  
y se suprimieron lisa y llanamente los artículos 20, 21 y -  
22. Una verdadera derogación en bloque que el diputado --  
ILLERHAUS, ponente de esta parte del dictamen (Sección Ter -  
cera, titulada "Empresas dominantes"), justificaba así(300):

"Después de maduro estudio ha llegado la Coni -  
sión al resultado de que introducir semejante deber de au -  
torización coartaría en su pleno desarrollo la tendencia, -  
deseable desde el punto de vista de la economía nacional, a  
la dimensión empresarial óptima. A esto se añade que, ya -  
desde que el Bundesrat modificó la propuesta del Gobierno,  
la amalgama no sería nula en el supuesto de falta de auto -  
rización, y que la autoridad cartelaria debería simplemen -  
te tener la posibilidad de disolver la concentración no --  
permitida. En estas circunstancias la regulación prevista -  
por el Gobierno no era más, en resumidas cuentas, que una -  
revisión retrasada de las amalgamas empresariales en el --  
sentido de una vigilancia reforzada de los abusos. Pareció  
más claro a la Comisión que primero se lograra una panorá -  
mica completa en este difícil sector y que se estableciese  
un simple deber de inscripción (Anmeldspflicht) de ciertas -  
concentraciones, objetivos tras los cuales ya no hacían --

---

(300) Bundestagsdrucksache 3.644 (2. Wahlperiode 1953) y  
Anlage zu 3.644 (página 27).



dad cartelaria; bastan las que se le confieren en el artículo 17, para prevenir hechos indeseables en relación a economía nacional, pues no es la amalgama como tal lo que prohíbe la ley, sino el abuso de poder económico (der Missbrauch wirtschaftlicher Macht), susceptible de surgir en determinados casos de esa concentración".

La explicación no es convincente. Decir que, con la versión edulcorada del Bundesrat, el régimen del proyecto se reducía a un control ex post asimilable a una simple vigilancia de abusos, constituía, en realidad, "un abuso" de simplismo; que las concentraciones ilegales se declarasen válidas mientras no las disolviera expresamente la autoridad cartelaria, no relajaba, en absoluto, el principio de previa autorización preceptiva ni desvirtuaba el hecho de que, por primera vez, se introdujera en Alemania una política directa y coactiva de estructuras industriales. Por suave y benévola que fuese su aplicación, un sistema de licencia operaría siempre con más rigor que un mero control a posteriori de eventuales abusos. Por lo demás, el alegato de que convenía disponer de "una panorámica completa", era la clásica excusa que, so pretexto de prudencia, suelen aducir quienes saben in pectore que no tienen razón, pues, aun considerando el inevitable margen de error de la observación económica, toda posición de dominio, por lo menos en los sectores básicos y en las empresas principales, es fácilmente identificable.

La segunda y tercera lecturas en el Pleno (3 y 4 de julio de 1957) no hicieron sino confirmar el dictamen de la Comisión, aprobado por nota mayoría.

b.) El régimen vigente : notificación obligatoria y audiencia eventual de las firmas concentradas.-

Como ya adelantábamos, algo quedó del ambicioso-  
designio gubernamental, a modo de premio de consolación :-  
los artículos 23 y 24, cuyo texto se transcribe, sin per-  
juicio de que luego expongamos su contenido y los proble-  
mas interpretativos suscitados por el primero de ellos.

"Artículo 23.- Deber de notificación de amalgama-  
mas".

"Se deberá notificar (anzeigen) sin demora a la-  
autoridad cartelaria toda amalgama cuando las empresas par-  
ticipantes alcancen gracias a ella una proporción del vein-  
to por ciento o más del mercado de una categoría determina-  
da de mercancías o de servicios económicos, o una de las -  
empresas participantes tenga ya de antemano ese porcenta-  
je. Se consideran como amalgamas :

- 1.- La fusión (Verschmelzung) con otras empresas;
- 2.- La adquisición del patrimonio (Erwerb des Vermögens) -  
de otras empresas.
- 3.- La adquisición de la propiedad de instalaciones fabri-  
les (Betriebsstätte) de otras empresas;
- 4.- Los contratos de cesión (Betriebsüberlassungsverträge)  
y de los de dirección de instalaciones fabriles (Betriebs-  
führungsverträge) de otras empresas;
- 5.- La adquisición de derechos de participación (der Erwerb  
von Anteilsrechten) de cualquier clase en otras empresas,-  
cuando esas participaciones importen, solas o sumadas a -  
otras pertenecientes ya a la adquirente o a una empresa de  
konzerno (Konzernunternehmen) en el sentido del artículo-  
15 de la Ley de Sociedades por Acciones, (el 13 de la Ley  
actual de 1965), una proporción del veinticinco por ciento

de la otra empresa".

"Artículo 24.- Requerimiento de información en caso de amalgama:"

"Podrá la autoridad cartelaria, una vez recibida la notificación a que se refiere el artículo 23, párrafo inicial, requerir a los partícipes a una vista oral (mündliche Verhandlung) o a un informe escrito (schriftliche Ausserung) sobre la amalgama, cuando sea previsible que las firmas partícipes obtengan la posición de una empresa dominante del mercado (die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens) en el sentido del artículo 22, párrafo 1 o cuando resulte fortalecida en virtud de la amalgama una posición del mercado" (301).

En primero de los artículos transcritos plantea, como decíamos, problemas de interpretación de conceptos básicos. El principal es qué se entiende por "categoría determinada de mercancías o servicios económicos" (bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen). No existe módulo ni criterio uniforme a priori, como se deduce de la jurisprudencia norteamericana. Ahora bien, es indispensable una referencia equidistante, a ser posible, de las dos actitudes extremas posibles: hacer "categoría" sinónimo de "identidad", con lo que casi todas las empresas son dominantes en el mercado de su propio artículo, pues no hay apenas artículos iguales por las diferencias más o menos visibles de variedad, envase, publicidad y modo de distribución, con lo que abocaríamos a las últimas consecuencias

---

(301) El artículo 22, párrafo 1, define como "empresa dominante del mercado" la que "no está expuesta a una competencia sustancial para una categoría determinada de mercancías o servicios", concepto, como se ve, notablemente más escueto que el de la primitiva versión del proyecto.

de "la competencia monopolística" explanada por el profesor CHAMBERLIN : o extender el concepto de "categoría" de forma tan liberal que quepan en él todas las mercancías - que, diferentes por su materia, ofrezcan en un momento dado satisfacción o goce alternativo y de intensidad comparable, planteamiento que supondría la disolución de la idea de "mercado" y la imposibilidad práctica de reconocer "posición dominante" alguna.

¿Cuál es la vía más racional para una aplicación económicamente útil del artículo 23? Como sugiero, con pensamiento certero, si bien con expresión sobremediana prolija, el magnífico y voluminoso "Comentario colectivo" a la Ley (página 649, primer inciso) "sólo pueden concebirse como unidos en un mercado los grupos de mercancías y servicios que el demandante, sobre todo el consumidor, considere, a pesar de sus diferencias específicas, como satisfacción equivalente de sus necesidades, por la igualdad esencial de sus cualidades y finalidades aplicativas, de tal modo que le quepa recurrir a ellas para la cobertura de su necesidad, aun cuando haya bienes sustitutivos a su disposición... no se trata, pues, de igualdad, semejanza o equivalencia genérica de las mercancías o servicios, sino de - que tengan el mismo valor de mercado (Marktgleichwertigkeit)". En la misma directriz se ha movido la parva jurisprudencia elaborada hasta la fecha, acuñando el módulo de "intercambiablez funcional" (funktionelle Austauschbarkeit). No es que la fórmula sea garantía de certidumbre, y el Comentario colectivo lo reconoce, pues ocurre a menudo que, por variación de los gustos o de la moda o por transformación tecnológica o aparición de productos o tipos nuevos, una categoría de bienes pierda unidad u homogeneidad, pero en-

magnitudes tan abstractas y difíciles de medir como la elasticidad recíproca de la demanda respecto al precio o tan superficiales como la consistencia físico-química. Cabría decir, como AUGUSTO COMTE: "Todo es relativo; he aquí el único principio absoluto".

Examinando ahora los cinco supuestos de amalgama delineados por el artículo 23, señalemos que se ha eliminado toda referencia a las "uniones personales", las cuales, según opinión unánime, quedan excluidas de todo deber de notificación. Igualmente se ha prescindido de las "comunidades de ganancias", seguramente porque, como observábamos (vide supra, apartado a'), esta figura se considera más contractual, más "cartelaria", que integradora, y la prueba es que los autores del Comentario colectivo se inclinan a considerar excluida del precepto una figura muy análoga, cual es la "comunidad de intereses" (Interessengemeinschaft). Se han eliminado, por fin, las menciones del arriendo de empresas y de la adquisición del derecho de uso y de disfrute sobre instalaciones fabriles, con lo que, a nuestro juicio, gana en unidad de criterio el conjunto del artículo. Unicamente cabe lamentar la exclusión de las conexiones directoriales, por razones sobradamente expuestas aquí.

De los conceptos finalmente retenidos por el legislador, no interpone dificultad el de "fusión": se trata del acto societario regulado con este nombre por el derecho de sociedades accionarias, es decir, la unión de sociedades sin liquidación, y con extinción de la personalidad jurídica de una de ellas, por lo menos, ora por absorción de una en el seno de la otra existente, ora por nacimiento de un ente nuevo sustituto de los fundadores.

se entiendo el paso a la propiedad de un empresario individual o social, cualquiera que sea su forma jurídica en el -- segundo caso, incluso si es una cooperativa (Genossenschaft), del patrimonio íntegro de otra firma; que igualmente pueden ser individual o social, tanto si existe como si está en -- vías de constitución. El supuesto abarca toda forma de adquisición; sea inter vivos; sea mortis causa; sea onerosa o sea gratuita.

La adquisición de instalaciones fabriles o productivas de otra empresa se refiere evidentemente al supuesto de traslado parcial, de transferencia limitada de un patrimonio empresarial a una firma del mismo sector. La única -- cuestión digna de examen es determinar lo que se entiende -- legalmente por "instalación fabril", para lo cual suministrarán índices bastante precisos la legislación tributaria, -- según la cual es fabril "toda instalación o anejo local fijo que sirve para la explotación de la empresa de una industria", y diversas disposiciones de derecho mercantil.

Los contratos de cesión de explotación y de dirección de la empresa no alteran la titularidad dominical -- del propietario; su objeto consiste en oxonarlo de los -- riesgos, costes y esfuerzos que implica asumir personalmente la actividad empresarial, así como de la deuda tributaria que genera todo traspaso o transferencia de propiedad, -- Se trata de una solución intermedia que retiene las ventajas del dominio sin sus inconvenientes o contrapartidas, y -- que incrementa la concentración en el supuesto de que quien asuma la explotación fabril o el ejercicio del negocio, sea a la vez titular de otra empresa en el mismo sector. La definición de la figura se rige por los preceptos de la legis

lación de sociedades accionarias, que habla de contratos - en virtud de los cuales una sociedad o una comanditaria - por acciones cede a otra persona su empresa en arriendo o - por cualquier título contractual o se obliga a dirigir la - empresa en nombre propio, pero por cuenta de tercero, si - bien la Ley de Cárteles afecta no sólo a las compañías de - capitales, sino a cualesquiera formas de empresa.

Finalmente, por adquisición de participaciones - (Erwerb von Anteilsrechten) se entiende la compra de por - ciones de la propiedad de compañías mercantiles. A primera vista parece deducirse que sólo se hace referencia a las - sociedades capitalistas, ya que el texto habla literalmente del "veinticinco por ciento del capital con derecho a voto" (25% des stimmberechtigten Kapitals). Sin embargo, la totalidad de los comentaristas apunta que la disposición es --- aplicable mutatis mutandis a las sociedades personalistas, - con la única excepción del supuesto de que no se hayan pactado reglas concretas para la adopción de acuerdos y cómputo de votos, y de que se requiera, por lo tanto, unanimidad de los socios (302). No se aplica, en cambio, el párrafo 5- a las participaciones de los miembros de una cooperativa - (Genossenschaft), ya que, según normas vinculantes de la - Ley de Cooperativas, cada socio tiene un solo voto, sea cual fuere el volumen del capital que aporta, de tal modo que la cuantía del derecho de voto y de la participación de capital no tienen por qué coincidir.

Es dudoso el caso en que se alcance o supere el - veinte por ciento del mercado nacional no porque los protagonistas sumen por sí mismos esa proporción, sino porque la empresa adquirente (las fusionantes) o aquélla cuyo capital

---

(302) Gemeinschaftskommentar, pág. 715 in fine.

se adquiriera, pertenecen a un konzerno productor, en una u -  
otras de sus firmas, de una cantidad que, sumada a la de -  
las empresas directamente implicadas, alcance o sobrepase -  
el veinte por ciento de la oferta. En efecto, si A, fabrican -  
te del diez por ciento del cemento que se fabrica en Alema -  
nia, adquiere el tercio del capital de B, fabricante de --  
otro cinco por ciento, y a su vez B es miembro del Konzerno  
K, que produce en otros establecimientos un seis por ciento,  
resultará que indirectamente se ha amalgamado el veintiuno -  
por ciento de la oferta alemana. ¿Es o no obligatorio ins -  
cribir la operación? Al revés que el texto del proyecto ori -  
ginario la redacción definitiva calla, si bien la mayoría -  
de comentaristas (303) se inclina hacia la solución positi -  
va, basándose en un criterio de interpretación extensiva por  
analogía entre los párrafos 1 a 4 del artículo 23<sup>o</sup>, y el -  
mismo párrafo 5, en cuanto a empresas sencillas de una par -  
te, y de otra la empresa miembro de un grupo. Sin embargo, -  
esa mayoría reconoce que, en el supuesto de incumplimiento -  
de la notificación a la autoridad cartelaria, no sería apli -  
cable la infracción pecuniaria prevista por el Código Penal  
(artículo 39, párrafo 2) para "contravenciones al orden pú -  
blico" (Ordnungswidrigkeiten), toda vez que las disposicio -  
nes penales no son susceptibles de extensión por analogía.

c') Los problemas de aplicación del artículo 23.-

Desde el 1<sup>o</sup> de enero de 1958 se han registrado -  
con ritmo aumentativo al correr de los años, y especialmen -  
te durante la década 1960-1970, fusiones y amalgamas de em -  
presas prepotentes, y a pesar de que se trataba simplemente

---

(303) Cfr. MULLER-HENNEBERG-SCHWARTZ, op.cit., págs. 721-723



ca de la operación notificada, han surgido delicadas cuestiones de interpretación, fundamentalmente acerca del alcance y extensión que, en determinados casos, cabía atribuir al concepto del "mercado" en su acepción técnica, es decir, de lo que la jurisprudencia americana denomina "producto market", cuestión que, a su vez, depende íntimamente de la extensión que se asigne al término "mercancía", (vide supra b') Con motivo de un caso dudoso tuvo la Oficina Federal de Cárteles que elaborar una resolución (Entscheidung) cuyas conclusiones principales citamos a continuación (304).

Una importante empresa de la industria automóvil-alemana adquirió la totalidad del capital accionario de otra empresa perteneciente al mismo sector, pero se negó a notificar la operación a la Oficina Federal, alegando que no concurrían las condiciones de obligación legal, porque la base de cómputo de su participación en el mercado era la suma de todas las ventas de automóviles de cualquier clase en el territorio federal. Por su parte, la Oficina Federal consideraba que la empresa ofrecía más del veinte por ciento de las unidades de nueva matriculación en el territorio nacional, tanto en vehículos utilitarios como en unidades especiales de alta cilindrada (más de 1.700 cc), por lo cual se hallaba sujeta al deber de notificación, y con fecha 11 de agosto de 1961 dictó resolución definitiva, ordenando la inscripción, a tenor de los siguientes considerandos :

- 1) Sólo los artículos "intercambiables" en el uso a que-

---

(304) Cfr. Guide de l'OCDE, Volumen II, Alemania, Sección 3, núm.23, y también la publicación periódica WuW, 1962, - nº 5, página 455 (BKartA 425).

se destinan o en la satisfacción de una necesidad o demanda concreta, pueden considerarse objetos de competencia recíproca y constitutivos, por ende, de una "categoría determinada de mercancías";

-- 2) no existe un solo mercado que comprenda indistintamente todas las categorías de automóviles, sino que el mercado en sentido amplio debe ser fraccionado según los diversos tipos de vehículos : grandes, medianos y pequeños, si bien es cierto que no existe línea de demarcación entre ellos y que nunca cabría excluir superposiciones o interferencias.- El razonamiento recuerda el del Tribunal Supremo norteamericano a propósito del caso Brown Shoe;

- 3) La segunda condición necesaria para que sea obligatoria la comunicación del artículo 23 es que la parte o porcentaje de la oferta nacional de la empresa adquirente o de la adquirida y de ella iguale o supere el veinte por ciento. Ahora bien, y aquí radica un pronunciamiento esencial, a -- nuestro juicio heterodoxo o, por lo menos forzado, la Oficina Federal llegaba a afirmar : "El artículo 23 de la GWB se puede sin más entender con el alcance de que surge el deber de notificación cuando una de las empresas participantes tiene en el mercado una proporción del veinte por ciento, siendo indiferente que la otra empresa opere en el mismo mercado o sólo en otro mercado", y, desde luego, decía también la Oficina Federal, la obligación rige plenamente para empresas que funcionan en "mercados vecinos" (benachbart Märkte). Seguían observaciones que traducían a las claras la preocupación más política que jurídica de los autores de la resolución : "La tendencia progresiva a la concentración se ha convertido en un problema de estructura, -- imposible de resolver si sólo se capta una parte de las anal

empresas heterogéneas puede quedar robustecido el poder económico (die Wirtschaftsmacht) de una empresa, de tal forma que ésta se consolida y amplía su posición en el mercado".

La decisión del asunto familiarmente llamado --- "Automarkt", la única, sentada más o menos a título de jurisprudencia por la Oficina Federal, suscitó polémica vivaz en los especialistas del derecho antitrust y reflejaba la impaciencia de la Oficina Federal ante los límites estrechos que le asignaba el artículo 23.

d') La reforma de 1965 : adición de módulos de dimensión absoluta.-

Pronto advirtió la Oficina Federal en sus informes anuales (305) que sus poderes eran de todo punto insuficientes para seguir paso a paso la concentración de las estructuras industriales y financieras. En los informes de 1959 y 1960 se sugería ya la conveniencia de modificar el artículo, añadiendo las operaciones cuyos protagonistas alcanzaran cierta dimensión absoluta conforme a módulos convencionales y fijos, por ejemplo, el volumen de negocios (Umsatz), la cifra de capital, el número de personas empleadas. Las reiteradas sugerencias de la Oficina Federal, así-

---

(305) El artículo 50 de la Ley dispone :

"1.- La Oficina Federal de Cárteles publicará anualmente un informe sobre su actividad (Tätigkeitsbericht), así como acerca de la situación y evolución en su campo de acción, informe en el que deberán insertarse las instrucciones generales del Ministro Federal de Economía, y publicará además periódicamente sus reglamentos de administración".

"2.- El Gobierno Federal trasladará el informe de la autoridad de cárteles sin demora a la Dieta Federal, adjuntando su toma de posición sobre él".

como las observaciones del Gobierno, con motivo de su pro -  
ceptivo comentario (Stellungnahme), indujeron al Bundestag-  
a pedir a la Cancillería (Resolución de 29 de junio de 1961)  
un informe sobre la aplicación de la Ley, y en su caso, las  
modificaciones oportunas al articulado, y así lo hizo efec-  
tivamente el Gabinete en su comunicación de 22 de agosto de  
1962 sobre Cambios en la Ley contra las Restricciones de la  
Competencia. Concretamente, en el artículo 23 proponía el -  
Ejecutivo a la Dieta Federal que, sin perjuicio de mantener  
el criterio del 20%, se añadiesen como módulos de notifica-  
ción obligatoria las cifras siguientes :

- cien millones o más de marcos de volumen anual de negocio;o
- tres mil o más personas empleadas, o
- setenta y cinco millones o más de marcos como cifra de ba-  
lance.

Los cálculos del Gobierno no eran caprichosos, si-  
no basados en el hecho, estadísticamente comprobado, de que  
en estos umbrales de dimensión quedaban englobadas las qui-  
nientas o seiscientas mayores empresas nacionales. En los -  
años siguientes ocurrieron acontecimientos que confirmaron-  
a la Cancillería Federal, por una parte, en su creencia de-  
que era imprescindible introducir módulos absolutos, y, por  
otra, en su inclinación a subir los umbrales por ella misma  
sugeridos. En efecto, la publicación en 1964 del volumino-  
so Informe oficial sobre la concentración económica, (vide-  
infra, d, y a'), inspiró al Gabinete en su toma de posición  
remitida al Bundestag, las frases siguientes : "Se expone-  
en el informe porqué no ha sido posible....calcular... las-  
participaciones en el mercado (Marktanteile). Esto realza -  
la significación de las propuestas de cambios del Gobierno-  
Federal en orden a supeditar facultativamente el deber de -

23 de la GWB, además de a los porcentajes de mercado, al tamaño absoluto de las empresas participantes (volumen total de negocios, número de empleados, cifra del balance)..... De esta manera se podrían evitar en el futuro, las dificultades ajenas a la comprobación de porcentajes de mercado y señaladas por la Oficina Federal de Carteles en sus informes, pues el volumen global de negocios, el número de personas ocupadas y el total del balance (die Bilanzsumme) se determinan siempre con facilidad, al contrario de la proporción de mercado" (pág.94). Más adelante (misma página, in fine) se decía que, por demostrar el Informe que los procesos aglutinantes más sustanciales se desarrollaron dentro de un grupo reducido formado por las setenta y cinco mayores empresas del país, se sugerían esta vez los módulos siguientes :

- cuatrocientos millones de marcos o más como volumen de negocio, o
- diez mil o más personas empleadas, o
- doscientos millones o más de marcos como suma de balance.

"De este modo", comentaba el Gobierno, "quedarían comprendidas todas las conexiones empresariales (Unternehmensverbindungen) que por su dimensión corresponden estimativamente, según la situación actual, a las cien mayores firmas domésticas".

En junio del mismo año de 1964, a raíz del Informe referido, se presentó al Bundestag el proyecto de reforma de la GWB, con la extensión del registro obligatorio de -- amalgamas a los casos en que las firmas participantes alcanzan determinadas cifras absolutas. La Comisión de Política Económica propuso en su dictamen quinientos millones de

marcos de ventas anuales, diez mil empleados y mil millones de marcos como valor total del activo y el Pleno mantuvo estas cifras, si bien la última como "cifra de balance". Igualmente se aceptaron todas las adiciones de índole procesal e informativa propuestas por el proyecto, el cual se promulgó el 15 de septiembre de 1965, como "Ley por la que se modifica la Ley contra las Restricciones de la Competencia" (306). He aquí el texto completo del artículo 23 reformado :

" 1.- Se deberá notificar sin demora toda amalgama de empresas cuando :

1. las empresas participantes alcancen mediante la amalgama el veinte por ciento o más del mercado de una categoría determinada de mercancías o servicios económicos, o una de las firmas participantes tenga ya una proporción de esta magnitud en el mercado (hasta aquí igual) o si

(nuevo) las empresas participantes han tenido juntas en un momento determinado dentro de los doce meses anteriores a la amalgama diez mil empleados o más, o si -- han alcanzado en ese lapso un volumen de negocios de quinientos millones o más de marcos alemanes o si en el balance del último ejercicio económico cerrado antes de la amalgama figuraba una cifra de mil millones de marcos alemanes o más.

(nuevo) "Si, en los casos del párrafo 1, apartado 1, una de las empresas participantes es de konzerno -- en la acepción del artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, se deberán tomar en consideración todas las empre -

---

(306) Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, familiar y abreviadamente Novelle zum Kartellgesetz, Boletín Federal de Legislación, I, página 1363.

sas del konzerno como firma unitaria para el cómputo de la participación de aquélla en el mercado. En los casos del párrafo 1, apartado 2, habrá que calcular en marcos al tipo de cambio oficial el volumen de negocios expresado en moneda extranjera".

"2 (sin variación).- Se consideran como concentración :

- 1.- La fusión con otras empresas;
- 2.- la adquisición del patrimonio de otras empresas;
- 3.- la adquisición de la propiedad de instalaciones fabriles de otras empresas;
- 4.- los contratos de cesión de explotación y de gestión de otras empresas;
- 5.- la adquisición de derechos de participación de cualquier clase en otras empresas, en la medida en que estos derechos, solos o unidos a otros ya pertenecientes a la empresa misma o a una empresa de konzerno, según la noción del artículo 15º de la Ley de Sociedades Anónimas, sumen el 25% del capital con derecho a voto de la otra firma.

"3. Están obligadas a la notificación(Anzeige):

- 1.- En los casos de fusión con otras empresas, los titulares (die Inhaber) de la firma absorbente o, en su caso, representante o sus representantes(Vertreter), y si se trata de personas jurídicas (juristische Personen) y sociedades(Gesellschaften), las personas llamadas por la

ley o los estatutos a representarlas;

- 2.- en los casos restantes, los titulares de las empresas participantes en la concentración o sus representantes, y por las personas jurídicas y sociedades las personas llamadas a representarlas por la ley o por los estatutos.

"4. (nuevo).- La notificación deberá contener los siguientes datos sobre cada una de las empresas participantes :

- 1.- La razón mercantil (die Firma) u otra denominación y el lugar del establecimiento o la sede de la empresa;
- 2.- la clase de negocio de la empresa;
- 3.- la participación en el mercado (Marktanteil) y, bajo los supuestos del párrafo 1, apartado 2, las participaciones de las empresas del konzerno;
- 4.- la cifra del balance (Bilanzsumme), el número de personas empleadas y el volumen de negocio.

Se deberá indicar además la forma de la amalgama.

"5 (nuevo).- Podrá la Autoridad cartolaria ( die Kartellbehörde) recabar información de cada una de las empresas participantes sobre el volumen de negocios que haya alcanzado en una categoría determinada de mercancías o servicios económicos dentro de los doce meses antecedentes a la concentración. Si uno de los participantes es una empresa de konzerno en el sentido del artículo 15 de la Ley de Sociedades por Acciones, comuníquense también las cifras de negocio



de las demás empresas del konzerno y queda facultada la autoridad cartelaria para exigir los datos de referencia a esas firmas, siendo aplicable, en la medida que proceda, el artículo 46, párrafos 2, 5, 8 y 9. La Autoridad cartelaria fijará un plazo adecuado para la entrega de la información, y permanecen inalteradas las facultades de aquélla, según el artículo 46" (307).

La introducción de módulos absolutos traduce una profunda inflexión en el espíritu de la Ley, no simplemente un perfeccionamiento técnico. No es sólo que a partir de 1965 sean más numerosas las amalgamas sujetas a deber de inscripción porque se hayan establecido, junto a los anteriores, criterios basados en el automatismo de las cifras, sino que ha variado el ángulo de mira del legislador. Como ha escrito WILHELM DURRHAMMER (308), la modificación del artículo 23 "presenta una ruptura (einen Bruch) de la sistemática antecedente", y "con la introducción de criterios absolutos para el deber de notificación de grandes empresas se toca un problema completamente distinto : no el del poder monopolístico u oligopolístico en el mercado de un producto especial, sino el problema del poder de mercado en términos generales, cuestión que en nuestra sociedad industrial puede marginar la competencia mediante el influjo psicológico sobre las masas y la planificación y amenazar la economía -

---

(307) El artículo 46, no modificado por la reforma, contiene nueve párrafos que enumeran las facultades de las autoridades cartelarias (fundamentalmente la Oficina Federal de Cárteles, con sede en Berlín Oeste) para pedir datos a las empresas y practicar encuestas y probanzas, así como su deber de guardar secreto sobre los puntos de que tengan conocimiento.

(308) Konzentration und Wettbewerb, págs. 231-248, del volumen Zehn Jahre Bundeskartellamt (Diez años de Oficina Federal de Cárteles), 1968, Edit. Carl Heymanns Verlag AG.

de mercado en la forma que ha tenido hasta ahora".

Consignemos, por fin, que los datos exigibles por la Oficina Federal según el último párrafo de la nueva versión, son aquellos que, según la resolución Automarkt, debería contener toda declaración hecha en el marco del artículo 23, con lo que se consagra legalmente una aspiración del órgano gubernamental comisionado para aplicar la ley.

Lo anterior induce a considerar la concentración que, desarrollada durante la década 1960-1970, ha movido al Gobierno de Bonn a elaborar nuevos proyectos de reforma, precisamente con el objetivo de introducir un control previo que en 1957 se juzgaba prematuro. Por el carácter predominantemente jurídico del tema, encuadramos la exposición en el marco de los borradores actuales.

#### d) Los proyectos actuales de introducción de control gubernativo.

La ley de 1957 tiene ya trece años, lapso que ofrece un fondo apreciable de experiencias susceptibles de fundar un ensayo de balance crítico; veamos, pues, si el artículo 23, reforzado en 1965, ha repercutido <sup>/en</sup> la política de integración de las grandes empresas.

#### a') La concentración galopante de la década 1960-1970.-

La Ley Anticártel nació desequilibrada, como reconocen hoy virtualmente todos los especialistas del derecho de la competencia : era incongruente que, mientras se proscribía, si bien con excepciones, el concierto entre empresas o su simple asociación para fijar de consuno las reglas del juego en el mercado, se tolerase la integración de esas mismas firmas mediante vínculos de capital o de consejeros comunes, mucho más difíciles de desatar, cuando no

la paradoja un poco sarcástica de una concepción formalis -  
ta resumible en la siguiente proposición : prohibido que se  
entiendan y se asocien empresas con personalidad indepen -  
diente, pero no hay dificultad en que se fundan renunciando  
a su individualidad propia o se integren por nexos de capi -  
tal o de gestión, quedando sometidas a voluntad común. Es -  
decir, se perseguía lo contractual y se admitía, en cambio,  
lo orgánico. Categóricamente ha escrito el doctor EBERHARD-  
GUNTHER, Presidente de la Oficina Federal de Cárteles(309):  
"La GWB se caracteriza, en relación al tratamiento de las -  
limitaciones jurídicas y fácticas de la competencia, por un  
desequilibrio (Ungleichgewicht)fundamental. Por una parte,-  
una prohibición (artículos 1 y 15) con supuestos de excep -  
ción detalladamente especificados por la Ley; por otra un -  
control de abusos (Missbrauchsaufsicht)insuficiente en su -  
concepción misma".

Consecuencia, hasta cierto punto, de la tara con-  
génita del ordenamiento federal fue, desde el primer día, la  
marea, al principio mansa, más tarde impetuosa, de las amal-  
gamas societarias. Ya hacia 1960 cundían síntomas de inquie-  
tud entre economistas, sociólogos y juristas, y la Asocia -  
ción de Política Social (Verein für Socialpolitik)reunió so-  
bre el tema "La concentración en la economía" un Congreso -  
cuyo contenido se publicó íntegro (310), con el mismo título  
y en tres tomos, bajo la dirección del profesor HELMUT ARNT:

---

(309) Zehn Jahre Bundeskartellamt,pág. 24. Edit. Carl Hey -  
manns Verlag, 1968 (Volumen conmemorativo del primer doce -  
nio de la Oficina Federal).

(310) Die Konzentration in der Wirtschaft, Berlín 1960, Edit.  
Von Duncker & Humblot. El primer tomo trata del grado de -  
concentración existente, el segundo de las causas de la con-  
centración y el tercero de las repercusiones del proceso en  
lo político y lo económico.

Poco antes los medios oficiales se habían referido a la cuestión, y, concretamente, el 15 de octubre de 1959 el grupo -- parlamentario del partido gubernamental, que era el cristiano-demócrata, expuso una moción sobre el estudio de la concentración económica, deplorando la falta de material informativo sobre el particular. El Gobierno Federal adoptó la -- propuesta y presentó al año siguiente al Bundestag un proyecto de ley ad hoc que, aprobado el 31 de diciembre con el título de "Ley para una investigación de la concentración en la economía" (311), encomendaba a la Oficina Federal de Economía, dotándola de poderes especiales para recabar la información necesaria, una investigación completa sobre "la posición de mercado" de las empresas y conexiones entre ellas, -- así como sobre las modificaciones experimentadas por los tres grupos o categorías estadísticas de firmas : grandes, medianas y pequeñas; acerca de la eventual repercusión de esos -- nexos en las condiciones de competencia, y las causas y manifestaciones del proceso de concentración, así como las condiciones competitivas correspondientes a las diversas dimensiones de empresas, considerando la influencia del comercio internacional. Se fijaba como plazo máximo para la presentación del informe los dos años que transcurrieran desde la fecha de entrada del texto en vigor, que fue el 12 de mayo de -- 1961. Sin embargo, la Oficina Federal de Economía no tuvo -- tiempo de completarlo en el plazo indicado, por lo que pidió y obtuvo una prórroga, sin perjuicio de publicar un informe -- provisional el 30 de abril de 1963.

El 29 de febrero de 1964 entregaba la Oficina del -- Canciller Federal el informe definitivo, que, a poco, fue --

---

(311) Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, Boletín Federal de Legislación, I, 1961, págs. 9 y siguientes.

trasladado por el Gobierno al Bundestag en virtud del artículo 6º de la Ley (312). La gran masa de datos que contenía, recogida en 32 sectores industriales, tenía carácter estrictamente numérico y no citaba nombres propios de empresas, a tenor del secreto estadístico impuesto por el artículo 7º. Para la medición aritmética de la integración se calculó en cada rama el porcentaje de la producción correspondiente a las cinco, diez o doce primeras firmas nacionales, y como puntos de referencia la Oficina investigadora escogió los años 1954 y 1960 : el primero porque únicamente a partir de él era posible contar con documentación estadística apropiada, y el segundo, porque era el último en el que había datos disponibles, especialmente sobre cifras de negocios y número de empleados. Desgraciadamente, el informe declaraba la imposibilidad de extraer conclusiones genéricas sobre las causas del proceso concentrador, ya que no de la evolución de cada sector, en particular por la importancia que en la mayoría de las ramas revestían las consideraciones de orden subjetivo y personal en las operaciones de amalgama.

A pesar de la enorme cantidad de material informativo recopilado, muy superior a lo esperado, parecen ser mayoría quienes opinan, quizá por reconocer los autores su incapacidad para ofrecer una visión causal de conjunto, que el trabajo no acababa de constituir una investigación en el sentido riguroso del concepto y que no enseñaba realmente

---

(312) Bundestagsdrucksache IV/2.320, 5 de junio de 1964. - El informe, titulado exactamente "Informe sobre el resultado de una encuesta sobre la concentración en la economía" - (Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft), consta de 102 páginas, a las que, meses después, se añadió un Anejo (Anlageband) de 855 páginas, con la descripción detallada de los resultados relativos a cada uno de los sectores.

bien, lo importante para nosotros radica en comprobar que la economía alemana había experimentado un apreciable incremento de concentración. Concretamente cabe sintetizar así las conclusiones (Capítulo 1) :

Primera.- De la proporción supuesta por las cifras de negocio de las diez primeras empresas en el total nacional dentro de treinta sectores determinados, se desprendía que la participación de aquéllas había aumentado en 21 de esos sectores en 1960 respecto a 1954, y que el incremento mayor se registró precisamente en las ramas que ya en 1954 alcanzaban una cota alta de integración, mientras que en los sectores de concentración relativamente débil fue pequeña.

Segunda.- En el mismo lapso, las mil mayores firmas aumentaron su participación en el volumen total de negocios de la industria federal, o mejor dicho de los 32 sectores de referencia, y dentro de ellas las cincuenta primeras, que en 1954 representaban el 17,7%, ascendían en 1960 al 22,8%.

Tercera.- De 1954 a 1960 el volumen de negocio de las cien empresas mayores con participación accionaria dominante en otras firmas, computándose en este punto como dominantes únicamente las participaciones mayoritarias, había pasado, contando el volumen de ventas de las firmas "participadas", del 33,6% al 38,8% del total de la industria federal; incremento, como se ve, muy parecido en términos absolutos (cinco puntos) al de la magnitud anterior. Además, las cien mayores firmas, que en 1954 suministraban trabajo al 27,4% de la mano de obra industrial, empleaban ya en 1960-

Cuarta.- Sin embargo, se reconocía paladinamente (página-16) que el conocimiento de las cifras y magnitudes antecedentes no permitió aquilatar la "significación" de las firmas de referencia en los diferentes "grupos de industria"; más claramente, que no había sido posible determinar el porcentaje de estas empresas, ni por sí solas ni sumando sus participaciones accionarias, respecto al volumen de negocio de cada uno de los mercados singulares en que se descomponían los treinta ramos seleccionados por el estudio.

En su toma de posición, el Gobierno comentaba las conclusiones en tono explícitamente crítico, actitud casi obligada, en vista de las insuficiencias e imprecisiones que el Informe honradamente confesaba. En primer lugar, apuntaba que la afirmación general sobre incremento del grado de concentración sólo era cierta en cuanto al "pequeño círculo" de las mayores empresas. La realidad era, según los datos mismos del estudio, que la concentración había crecido de modo desparejo en los diversos "grupos", incluso retrocedido en algunos. Concretamente se había registrado un aumento fuerte, del 16% al 19%, sólo en dos sectores, del 5% al 9% en otros seis, y del 0 al 3% en trece, mientras que hubo descensos en nueve ramas, con fluctuación hasta el 7%. En segundo término, la observación de que cabía calificar como "altamente concentrada" la mitad aproximadamente de los "grupos" examinados, deducida del simple hecho de que en catorce de ellos las diez firmas principales representan más del 37% de las ventas nacionales, ignoraba, o eludía o pasaba por alto, que dentro de cada uno de esos racimos de productos había grandes diferencias entre los distintos subsectores y que por lo tanto, era muy posi-

son elementos poco aglutinados. Parecía como si el Informe quisiera dar la impresión de un grado de integración superior al estadísticamente demostrado, tanto más cuanto que, a la inversa, había apuntado la eventualidad de que dentro de los "grupos" relativamente poco aglutinados existiesen ramas muy concentradas. Por otra parte, recordaba el Gobierno, haciendo hincapié en consideraciones del propio Informe, que las mayores cincuenta empresas alemanas exportaban una gran parte de su producción, con lo que no cabía en buena lógica computar íntegro su respectivo volumen total de negocio para medir la concentración del mercado doméstico. Ese medio centenar de firmas gigantes suponía nada menos que el 29% de la exportación total alemana, y las mil mayores alrededor del sesenta por ciento.

A las reservas y objeciones resumidas cabría añadir estas otras : primera, que si había subido el grado de participación de los "grandes" en el volumen total de negocios de la industria nacional, bastante más había aumentado esta segunda cifra, concretamente de 145 mil millones de marcos en 1954 a 266 mil millones en 1960, o sea con un incremento del 83,44%; habría progresado, pues, en mayor proporción el total de la riqueza nacional que el grado de participación de las primeras firmas en ese total. En segundo término, había crecido considerablemente el número total de firmas gracias al nacimiento de empresas de diez o más empleados, las únicas que habían sido consideradas por el Informe; de unas cuarenta y ocho mil habían pasado, en efecto, a cerca de cincuenta mil, y en total eran 21 los "grupos" que acusaban aumento, lo cual limitaba nuevamente la importancia del aglutinamiento registrado en el círculo restrin-



estudio se reducía, según sus propios autores, a las firmas que, con diez o más empleados, fabricasen u obtuviesen artículos y mercancías o prestasen servicios generados por ellas mismas, con lo que quedaban excluidas (nota 1 a la página 12) en primer lugar todas las cifras de negocio relativas al sector comercial y distributivo, cuya estructura y funcionamiento es decisivo para apreciar el nivel de integración efectiva de un sistema de mercado libre, sin perjuicio de que también se excluyesen los establecimientos de suministro público de electricidad, agua y gas, así como las numerosas empresas del ramo de la construcción; es decir, no entraban en el cómputo sectores de volumen nacional no desdeñable y de estructura muy poco concentrada en la generalidad de las economías occidentales. Ahora bien, aun noto -- rias, se trata de reservas veniales en comparación al hecho palmario, captado por el simple sentido común, por más -- que la Teoría Económica y más tarde la Econometría traten -- de explicarlo en abstrusas fórmulas algebraicas, de que no cabe considerar a un mercado donde las empresas supuestamente "dominantes", o al menos las más fuertes, llegan a diez, como estructura concentrada, sino más bien como exponente -- de una economía acentuadamente competitiva. Si la experiencia y la ciencia han reconocido que es imposible llegar a una conclusión unívoca sobre el comportamiento de dos oferentes en presencia (duopolio), y que, por el contrario, caben diversas hipótesis, (guerra, paz, hegemonía de uno y su -- misión del otro); si los propios económetras, a pesar de poseer las técnicas más refinadas del cálculo de probabilidades y de las variables aleatorias, confiesen su impotencia -- práctica, cuando abandonan el campo de los modelos ideales,

tres o cuatro oferentes, ¿cómo se puede seriamente plantear una investigación de estilo científico acerca de la concentración económica a base de las diez firmas mayores? He aquí un ejemplo del inconsciente utopismo que caracteriza a la afición contemporánea por la Estadística y las Matemáticas en el campo del consumo y la sociología.

Por lo demás, casi cabría sostener que, cotejada con otras naciones de Occidente, la economía de ultra Rindbrinda un saludable pluralismo competitivo, pues tiene la fortuna de ofrecer en sus sectores básicos toda una pléyade de empresas grandes, frente a las dos o tres de ramos homólogos extranjeros. Es significativo, a nuestro juicio, que el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos nunca hayan retenido, en sus estudios y en sus "líneas orientadoras" sobre la concentración en determinados sectores la participación de las diez primeras firmas en el volumen global de ventas, sino sólo la de las cuatro o seis primeras, y excepcionalmente, la de las ocho mayores.

Sin embargo, sería erróneo desconocer que la segunda mitad de la última década ha sido pródiga en amalgamas aumentativamente voluminosas. Según las estadísticas de la Oficina Federal, el número de operaciones inscritas ha evolucionado así :

1966.....	43	casos;
1967.....	65	"
1968.....	65	"
1969.....	168	"
1970.....	304	" .

En otras palabras en cinco años se ha septuplicado el número total de ayuntamientos empresariales. Ahora bien, no es el número global lo más inquietante según la au

toridad berlinesa, sino la progresión espectacular de las fusiones "grandes", o sea, aquellas en que la empresa adquirida o absorbida totaliza un balance de por lo menos 25 -- millones de marcos, o 150 millones si se trata de un banco o 50 millones en ingresos por primas si es una compañía de seguros. Los últimos informes anuales resumen así la tendencia :

<u>Año</u>	<u>Operaciones</u> <u>"grandes"</u>	<u>Balance de la firma</u> <u>adquirida</u>			
1966 .....	12 .....	2.181,4	millones de DM.		
1967 .....	20 .....	1.770,4	"	"	"
1968 .....	16 .....	1.178,2	"	"	"
1969 .....	54 .....	7.112,6	"	"	"
	más 5 bancos.....	11.020,3	"	"	"
	más 2 aseguradoras.....	1.497,0	"	"	"
1970.....	83 .....	5.438,8	"	"	"
	más 7 bancos.....	13.162,8	"	"	"
	más 4 aseguradoras.....	868,6	"	"	"

Cabe apreciar que, en comparación a 1969, el número de fusiones "importantes" aumentó considerablemente en 1970, pero si se considera el importe respectivo de los activos implicados, la conclusión se matiza, ya que al incremento observado en el renglón bancario se contrapone una notable disminución en la partida de seguros. Según la Oficina Federal, esta "evolución aparente puede explicarse por el hecho de que el año 1969 ha sido excepcional, pues se registraron varias fusiones que ayuntaban medios económicos considerables (por ejemplo, RWE/GBG y BASF/Wintershall). Parece, por lo tanto, preferible establecer una comparación con la anualidad 1968; pues bien, el número de amalgamas trascendentes, incluyendo bancos y aseguradoras, se ha quintuplicado con creces, y más que sextuplicado el volumen de los activos afectados, si se tienen, asimismo, en cuenta los bancos y las sociedades de seguros. Excluyendo estos -

dos renglones, el volumen de los activos se ha multiplicado por algo más de cuatro, lo que sigue siendo una magnitud -- considerable.

Según el informe de 1969, han sido precisamente -- empresas gigantes las que más firmas compraron o absorbie -- ron, como demuestra el siguiente cuadro (en millones de DM):

Cifra de ba- lance de la adquirente	Número de operaciones "grandes"	Balance de las firmas adquiridas			
		1966 - 1967	1968-1969	1966 -1967-	1968- 1969
menos de 100 M. ...	--	--	--	--	--
de 100 a 250 M. ...	1 ....	3....	--... 2..	32,6..	433,7.. --. 140,2
de 250 a 500 M. ...	2 ...	--....	1... 6..	92,0.. -- ..	46,0.1.483,3
de 500 a 1.000 M. .	3....	1....	--... 2.101,0..	10,5. --....	635,7
más de 1.000 M. .	6....	16 ....	15...44.1955,8.	1326,2.1132	24.898,4
<hr/>					
Totales (ya conoci- dos).....	12	20	16	54.2181,4.	1770,4.1178,3. 7112,6

La faceta más contribuyente a nuestro estudio, pues nos dice si en principio quedaba afectada la tensión competitiva de los sectores donde las amalgamas se producían, es la naturaleza económica de las operaciones inscritas, es de cir, si se trataba de concentraciones horizontales, verti -- cales o heterogéneas. Una vez más, las cifras son categóri -- cas ( en millones de DM. como en la tabla anterior) :

A) Horizontales:

Año	Casos	Cifra de Balance
1966...	10....	2.060,6 M.
1967...	13....	915,6 M.
1968...	7....	740,8 M.
1969...	30....	5.229,1 M.

B) Heterogéneas:

Año	Casos	Cifra de Balance
1966.....	1 .....	19,6 M.
1967.....	7 .....	854,8 M.
1968.....	8 .....	426,3 M.
1969.....	23 .....	1.852,2 M.
	más 2 aseguradoras.	1.497,0 M.

Según el informe correspondiente al año 1970, entre las 185 amalgamas principales acaecidas en el quinquenio 1966-1970 (al margen de los sectores bancario y asegurador), 116, o sea, casi dos tercios, han sido de tipo horizontal; concretamente en 1970, la proporción ha sido de 56 sobre 83. En cambio, es prácticamente insignificante la cantidad de concentraciones verticales.

El último episodio espectacular de la evolución descrita, y dramáticamente ilustrativo, por cierto, de la importancia del Gobierno, víctima del liberalismo relativo que inspira el credo de la "economía social de mercado", ha sido (mayo de 1970) la absorción de una fuerte fábrica de abonos, Wintershall AG, radicada en Cassel, con un volumen de negocio de 1.800 millones de DM en 1969 y una plantilla de más de trece mil personas, por la todopoderosa y ya citada firma química BASF, de Ludwigshafen, cuya cifra de negocio ascendía a 7.100 millones de marcos y una plantilla de más de ochenta y una mil personas (313). BASF controlaba aproximadamente la mitad de la oferta nacional de abonos ni trogenados, porcentaje que alcanzaba del ochenta al noventa por ciento sumado al de las otras dos grandes productoras, Hoechst y Ruhrstickstoff AG. Por su parte, Wintershall, que ya era adquirente del 43% del capital de otra gran sociedad de fertilizantes, la Salzdefurther AG, de Hanover, producía aproximadamente la mitad de la producción de sales potásicas. Como resultado, pues, de la absorción, BASF refuerza su posición en toda la variedad de productos químicos de fertilizantes, y llega casi al noventa por ciento de la oferta doméstica de potasas. La Oficina Federal, esti -

---

(313) Ver reseña del F.A.Z del 13 de mayo de 1970, pág.19, "Marktbeherrschend oder nicht?"

mando correctamente que se trataba de un caso caracterizado de "posición dominante del mercado" rayana en lo monopolístico, convocó a los directivos de la absorbente a una vista pública (12 de mayo), en la que durante cinco horas se enfrentaron los funcionarios de la Oficina Federal (Sección de "Dominio del mercado") y los asesores jurídicos y directivos de BASF, argumentando los primeros que la operación ponía virtualmente en manos de la absorbente la potestad de fijar los precios interiores de las sales potásicas y los abonos nitrogenados y redarguyendo los segundos que la operación no respondía en absoluto a designios de dominio, sino a promover los negocios petrolíferos que entrambas empresas desarrollaban desde hacía años, y que, por lo demás, no cabía posición prepotente desde el momento en que, por una parte, la sociedad Ruhr-Stickstoff AG operaba con toda independencia, y por otra, crecía paulatinamente la penetración de las importaciones potásicas, en especial del Canadá, recientemente ingresado en el círculo de los grandes exportadores del mundo. Todo fue en vano; no hubo conciliación, pero quedó diáfano que ante la decisión firme de las firmas interrogadas, la Oficina Federal era del todo impotente y que nada ni nadie podría, por lo tanto, impedir la absorción planeada.

Sin enjuiciar por el momento si es acertado, no cabe duda que el régimen vigente expone a la Oficina Federal a situaciones enojosas y desairadas, pues una de dos : o durante la discusión las firmas residenciadas consiguen destruir o, por lo menos, contrarrestar la argumentación de la autoridad anti-cártel, con lo que ésta sufre el desprestigio consiguiente a una derrota por ella misma provocada, o es ella quien logra demostrar que la concentración

pone en peligro la libertad de competencia, y en ese caso - surge inmediatamente la interrogante de la misión y utilidad de unos debates que no confieron a la Administración facultad alguna de prohibir o suspender, ni siquiera de sujeta[r] a condiciones o garantías mínimas, un acto declaradamente nocivo a la libre competencia.

El proceso no dejaba de inquietar legítimamente - al Gobierno, especialmente a su ala socialista, que, habiendo gobernado con la cancillería cristiano-demócrata de 1965 a 1969, llegó al Poder tras las elecciones de septiembre - del mismo 1969, con la ayuda, muy minoritaria pero decisiva, del partido liberal. De ahí que uno de los primeros actos del Gabinete constituido por WILLY BRANDT consistiera en - plantear expresamente una nueva reforma de la GWB a base especialmente del control preventivo de las fusiones, presu - puesto sin éxito diecisiete años antes, haciendo así honor - al proverbio francés de que "siempre se vuelve a los primeros amores".

b') El antoproyecto gubernamental de 1969 : exposición y - crítica.-

El 28 de octubre de 1969 hizo el Canciller Federal la siguiente declaración programática en nombre de su Gobierno (Regierungserklärung) ante el Bundestag :

"La concentración de empresas es ciertamente necesaria en muchos sectores, pero no se puede consentir que - aboque a eliminar la competencia efectiva. De ahí la necesidad de un control preventivo de fusiones (vorbeugende Fusionskontrolle), extensivo a todas las ramas de la economía. El establecimiento de una Comisión independiente de Monopolios (Monopol-Kommission) puede constituir un instrumento importante para este fin. Se deberá desarrollar el con

trol de abusos de posiciones dominantes del mercado y con fuerza en el mercado (marktbeherrschender und marktstarker-Positionen)..... El control de fusiones será también aplicable a la prensa. Este Gobierno se propone presentar una ley de estructuras (Rahmen-Gesetz) del derecho de prensa.....". Segúan unas consideraciones generales sobre el régimen de cárteles. Algo más concretó el Gabinete en su informe económico anual de 27 de enero de 1970 : "...En numerosos sectores de nuestra economía hace falta desde luego mayor concentración. Sin embargo, cabría que el Ministro de Economía pudiera prohibir las amalgamas de empresas, en caso de que conduzcan a una posición dominante del mercado o de que a través de ellas se eliminen las condiciones de una competencia sustancial..... El Ministro Federal de Economía se basará, al tomar la decisión pertinente, en una toma de posición de la Oficina Federal de Cárteles. El control de fusiones abarcaría todas las formas de ayuntamientos - horizontales, verticales y diagonales(314). No obstante, en casos especiales deberá existir la posibilidad de autorizar semejantes amalgamas por motivos superiores de economía nacional (Gesamtwirtschaft) y de bien público - (Gemeinwohl)". En estas líneas se apuntan claramente cuatro ideas que iban a constituir las directrices de un proyecto que inmediatamente encomendó la Cancillería al Ministerio de Economía Federal : posibilidad de que el Ministro Federal prohibiera operaciones concentradoras en determinadas circunstancias, con lo cual se adoptaba una solución gubernativa, como en Gran Bretaña, y no una solución judicial;

---

(314) Por concentraciones "diagonales", curiosa expresión - que sólo en el texto en cuestión hemos encontrado, entendía el Gobierno las de tipo mixto o "conglomerado".



la decisión del Ministro de Economía sería posterior al dictamen de la Oficina Federal de Cárteles, nuevo rasgo de semejanza al régimen británico; carácter general del control, con abstracción total de la naturaleza económica del acto concentrador, y posibilidad de que se consumen excepcionalmente, por razones correspondientes al orden nacional, determinadas fusiones.

Pronto empezaron los altos funcionarios del Ministerio de Economía la preparación de un anteproyecto (Referentenentwurf), destinado, para información pública, a los gremios y federaciones rectoras de la industria y de los Sindicatos, así como a la representación institucional de los Estados miembros, y efectivamente, ya el 30 de noviembre el Ministerio publicaba un primer sumario provisional de anteproyecto. El 26 de enero de 1970 se publicó un segundo sumario, después de oídas aproximadamente setenta agrupaciones y, por fin, el 20 de marzo apareció como base de discusión y con el título de "Anteproyecto de una Segunda Ley de Modificación de la Ley contra las Restricciones de la Competencia", el texto articulado, meticoloso trabajo que, confeccionado bajo la dirección del asesor de Política de Competencia Nacional y Europea WOLFGANG KARTTE, seguía muy de cerca por una parte, el dictamen de la Asesoría Científica del Ministerio (6 de febrero), sobre la introducción de un sistema de control, y por otra, recogía las "tomas de posición" recibidas de unos cincuenta gremios.

El primer aspecto del texto era, por su espectacularidad, una longitud y prolijidad a nuestro entender innecesaria, exceso que obligó, sin duda, a los autores a yuxtaponer al artículo 24 otros dos artículos 24-a y 24-b

para no violentar la numeración de la ley vigente. Para hacer elementalmente soportable la exposición, conviene sólo esbozar los puntos básicos.

El artículo 23 regula en cuatro párrafos, divididos, a su vez, en apartados (el segundo tiene hasta ocho), - el régimen de notificación y control de amalgamas. Se mantenía (párrafo 1) la obligación de notificar "sin demora" - (o sea, ex post y no ex ante) a la autoridad cartelaria todo ayuntamiento empresarial en que se diera uno de estos - dos supuestos : que se concentrara el veinte por ciento de la producción nacional de un producto o servicio en manos - de las firmas partícipes o una de ellas ya tuviese esta - proporción, lo cual no era sino repetir pura y simplemente lo que decía la Ley o, en segundo lugar (apartado 2), que una de las empresas participantes hubiese tenido en un momento determinado dentro de los doce últimos meses por lo - menos cinco mil empleados o que en el ejercicio anual finalizado inmediatamente antes de la operación se reflejara una cifra de negocio de, por lo menos, quinientos millones de - marcos. Se reducía, pues, a la mitad el número estipulado - por el texto de 1965 en cuanto a plantilla de empleados, se mantenía igual el volumen de negocios y se omitía, en cambio, toda referencia a cifras de balance (diez mil millones de marcos, según se recordará, establecía la reforma de - 1965). Se introducía asimismo la salvedad de que si una de las empresas participantes era "vinculada" (verbundene - Unternehmen) conforme a la Ley de Sociedades Anónimas (ya no se hablaba de "konzerno", precisamente para abarcar la - generalidad de las formas de vinculación posibles), todas - las conectadas a ella serían computadas, en unión de ella - misma, como empresa unitaria.

Por amalgama se entendía prácticamente toda clase de vínculos de capital, de comunidad directorial o de contrato de gestión o de adquisición de elementos del activo entre empresas, quizá con mayor amplitud aun que en el proyecto primitivo de 1952 (vide supra, apartado a'), y desde luego con más tecnicismo jurídico, si bien con dispendio de vocabulario. Así, al supuesto de fusión se añadía expresamente el de "transformación societaria" (Umwandlung); se introducía una mención explícita de los contratos de cuentas en participación o de traslación total o parcial de beneficios, así como de los contratos de sumisión de empresas a la dirección de otra y cualesquiera medidas por las cuales una firma cobrara posición dominante en el seno de otras o lograra constituir con ellas un "concerno" (apartado 4); se matizaba, en cambio, el supuesto de adquisición de títulos de participación societaria, reduciéndolo al caso de que la participación fuera verdaderamente dominante o decisiva según el artículo 16, pfo. 1, de la Ley de Sociedades por Acciones, o de "tantos votos que, en el supuesto de participar todos los socios en una votación, no se pueda aprobar modificación alguna de los estatutos sin consentimiento de la empresa en cuestión"; se aludía a las "comunidades empresariales" (Gemeinschaftsunternehmen) y, por fin, se sustituía la hipótesis de la simple comunidad fáctica de miembros directivos por sendas menciones (apartados 7 y 8) de los contratos o medidas de efecto equivalente acerca de la identidad de consejeros o directivos y de los pactos sobre "concesión de un derecho de nombramiento" de consejeros y directivos entre empresas. Se equiparaba, por otra parte, a la amalgama la hipótesis de que varias empresas llegaran a quedar sometidas "a la misma influencia dominante".

Ahora bien, era en el artículo 24 donde se contenía la médula del anteproyecto: la facultad del Ministro de

Economía Federal para ordenar (párr. 1) la disolución (die - Auflösung) de toda "amalgama" u otra medida empresarial, en cuanto así conviniese a fin de "asegurar una competencia sustancial", en uno de los dos supuestos siguientes: primero, que se crease una situación de dominio en el mercado como resultado del acto concentrador o se fortaleciese un dominio ya existente (315) "o que de algún otro modo queden eliminadas las condiciones para una competencia sustantiva"; segundo, que una de las empresas partícipes tuviera en un momento determinado dentro de los doce meses precedentes una cifra de, por lo menos, diez mil personas empleadas o que su último ejercicio se cerrara con volumen de negocio de mil millones, como mínimo, de marcos, y que en este segundo caso concurriera además la circunstancia de que una de las firmas - protagonistas alcanzara gracias a su ayuntamiento una proporción del cuarenta por ciento del mercado nacional, o que una de ellas tuviera ya ese mismo porcentaje, o, por fin, que otra de las partícipes disfrutase, antes ya de la operación la proporción de referencia. Es fundamental observar que el anteproyecto indicaba "disolución" y, no simplemente "prohibición", con la facultad ministerial de deshacer concentraciones consumadas.

Sin embargo, la fórmula era, así expuesta, de un rigor draconiano, por lo que el anteproyecto se apresuraba a enunciar excepciones. En primer lugar, quedaban expresamente (último inciso del párrafo 1) exentas de la calificación de "posición dominante del mercado", las empresas -

---

(315) El concepto de "posición dominante del mercado" aparecía notablemente ampliado en el nuevo artíc. 22, en el supuesto de dos o varias empresas, pues se establecía por primera vez: 1) cuando tres o menos empresas tuviesen juntas una proporción de al menos el sesenta por ciento de la oferta nacional; ó 2) seis o menos empresas tuviesen juntas una proporción de al menos el ochenta por ciento, si bien tanto en uno como en otro caso no se tomarían en cuenta las proporciones de menos del diez por ciento del mercado.

- 122 -

que en el ejercicio cerrado inmediatamente antes hubiesen realizado un volumen de negocio inferior a cincuenta millones de marcos, con lo que, a todas luces, se proponía el Gobierno tranquilizar a multitud de firmas pequeñas o medianas que operaban, con producciones muy especializadas, en mercados de escasa magnitud y acceso fácil por no requerir mayor volumen de capital. Igualmente, podría el Ministro "prescindir de la ordenanza" disolutoria cuando se comprobaba que, gracias precisamente a la amalgama, mejoraban las "condiciones competitivas", en el supuesto de grandes empresas incluidas en el apartado 2, o, cuando se demostrara, tratándose de firmas "con posición de dominio", que de no efectuarse el ayuntamiento, surgirían peligros para su capacidad de competencia en mercados internacionales cuya trascendencia justificase el sacrificio, hasta cierto punto, de la plena emulación en el mercado interior.

Se preveía (párr. 2) que cuando la autoridad cartelaria estimase "necesaria" una orden disolutoria, elevaría el asunto, adjuntando su "toma de posición" (Stellungnahme), al Ministro de Economía. Una vez firme la orden de disolución (por no haberse presentado recurso judicial o haberse desestimado el recurso), el Ministro requeriría a las firmas para que le comunicaran sin demora de qué modo se disponían a cumplir lo ordenado. En caso de que no se presentara declaración o de que fuese negativa o insuficiente, o de que las empresas obraran con demora culposa en la ejecución, el Ministro podría disponer la ejecución forzosa (párr. 4). En particular, se le autorizaba a imponer una o varias veces apremios de diez mil hasta cien mil marcos; a prohibir el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones adquiridas o a supeditarlas al permiso del propio Ministerio; a nombrar un comisario (Treuhänder) encargado

de emitir por cuenta de los obligados las "declaraciones de voluntad necesarias para la ejecución de la resolución y emprender las operaciones requeridas", y, por fin, a declarar nulos los contratos que hubiesen producido la concentración como efecto (salvo los contratos que, referentes a fusión, transformación, incorporación de una sociedad a otra o fundación de una nueva empresa, cobraran fuerza legal al haberse inscrito en el Registro de Comercio o en el de Cooperativas).

Inspirándose, quizá, en la técnica norteamericana de las "cartas de dispensa" (clearance letters), aunque la justificación aneja no lo dijese, el borrador delineaba en el artículo 24 un régimen de consulta a la autoridad por las empresas que, deseando concentrarse, pudiesen temer una posterior orden de disolución. Efectivamente, el precepto estipulaba (párr. 1) la posibilidad de anunciar la amalgama proyectada a la autoridad cartelaria, indicando todos los datos exigidos por el artículo 23, párr. 4. El Ministro Federal de Economía podría, no obstante, decretar la prohibición del acto (párr. 2) si se daba alguno de los supuestos definidos por el artículo 23, párr. 1, si bien se le facultaba para otorgar su autorización si concurrían las circunstancias que el propio artículo 23 estipulaba como dignas de excepción. El paralelismo era, pues, completo entre la actuación ex post (disolución) y la actuación ex ante (acuerdo en virtud de previa consulta). Ahora bien, por razones de seguridad jurídica y económica, se fijaba el plazo máximo de nueve meses desde la entrada de la notificación (párr. 3) para que el Ministro dictase resolución, y se precisaba que, transcurrido un trimestre sin haber recaído acuerdo, sólo podría el ministro resolver válidamente si dentro de ese <sup>no</sup> lapso/hubiese notificado a las empresas que ya había entra-

do a examinar si se daba alguno de los supuestos de posición dominante.

Del mismo modo, también, que en el caso de disolución, se preveía que, cuando la autoridad cartelaria preconizase la prohibición de la amalgama notificada en consulta previa, debería someter el asunto al Ministro, adjuntando su propio parecer (párr. 4), y asimismo se declaraban aplicables las medidas disolutorias, en el caso de amalgamas que, tras la notificación en tiempo y forma, se hubieran consumado sin esperar la decisión gubernativa o de forma distinta a la descrita en la notificación, o en contravención a una ordenanza concreta del ministro, o en el supuesto de que éste hubiese dado su consentimiento en virtud de datos falsos o incompletos o, por fin, tratándose de la figura de adquisición de participaciones societarias, si habiendo notificado las empresas de forma inexacta, incompleta o fuera de plazo, el Ministro, inducido a error, hubiese concedido licencia.

Finalmente, el anteproyecto añadía un artículo 24-b, por el que se creaba, con carácter de órgano consultivo del Ministerio de Economía Federal, la "Comisión de Monopolios", que constaría de siete miembros nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno entre personalidades que tuviesen "especiales conocimientos y experiencia de la economía política, economía de la empresa, política social, tecnología o derecho económico", - sin perjuicio (párr. 3) de utilizar los servicios de representantes de empresas o de organizaciones sociales y económicas a título de asesores, así como de requerir, - cuando lo juzgara necesario, el testimonio del propio Ministro Federal de Economía y del Presidente de la Oficina Federal de Cáteles. La misión fundamental (párr. 4) del nue-

vo órgano consistiría en dictaminar, por encargo del Ministro, los expedientes que se incoaran en el marco del artículo 24, párr. 1, es decir, los de disolución de concentraciones consumadas, o del artículo 24-a, párrafos 1 al 3, o sea los proyectos de concentración sometidos a consulta por las propias empresas. El dictamen ("toma de posición", según la terminología del texto) debería "extenderse al enjuiciamiento del influjo de la amalgama sobre la competencia, considerando al mismo tiempo la tesitura y evolución general económica, social y técnica".

Técnicamente el esquema semeja dos círculos concéntricos, de los que el de las fusiones obligatoriamente notificables tiene el doble de radio que el de las amalgamas disolubles: en efecto, el artíc. 23 prevé la notificación preceptiva a partir de las cinco mil personas empleadas, los quinientos millones de marcos como suma de balance o del veinte por ciento de las ventas nacionales, mientras que el 24 fija el umbral de la facultad disolutoria en diez mil empleados, mil millones de marcos y el cuarenta por ciento de las ventas nacionales, es decir, en operaciones de doble magnitud y, por lo tanto, de frecuencia teóricamente inferior. Resulta, pues, que todas las amalgamas revocables pertenecen al grupo de las registrables, pero no a la inversa. Por lo demás, la propuesta era esencialmente ambigua, ya que no introducía en rigor un auténtico control preventivo, ni tampoco se limitaba a una mera posibilidad de disolución ex post. Como acertadamente ha expuesto SIEGRIED KLAUE, Jefe de la Asesoría Jurídica (Rechtsreferat) de la Oficina Federal de Cárteles (316), - un control preventivo propiamente dicho debe "observar los

---

(316) Revista Der Volkswirt, núms. 32/1970, pág. 37, y 33/1970, págs. 35 y sigs. Trabajo reproducido como anejo 17 (págs. 221-225) por RAISCH, SOLTER y KARTTE, Für und Wider.



amalgama definida como tal, entendiéndose que lo que se fiscaliza no es la operación material de fusionar los activos, sino el mismo contrato o pacto de fusión, de tal modo que, mientras no haya permiso, sea incapaz el acto de producir efectos civiles; segundo, que se dicte una decisión objetiva basada en el interés de la competencia y no influida ni mediatizable por "instancias políticas"; tercero, que se adjudique a esas "instancias políticas" la posibilidad de decisión "política independiente" del pronunciamiento anterior, en virtud de consideraciones preponderantes de orden general, y cuarto, que el procedimiento sea lo más uniforme y breve posible, para que se alcance el máximo de eficacia y seguridad jurídica. Pues bien, el proyecto no reunía estos requisitos o no los cumplía en grado suficiente, como demostramos a continuación.

Por lo que toca al principio de licencia previa, no se recogía ninguna de las dos opciones posibles; pues ni se estipulaba automáticamente el veto a concentraciones de tamaño determinado, salvo excepciones claramente dibujadas (técnica de la "prohibición a reserva de autorización"), ni se preveía el sistema opuesto de exigir a la autoridad<sup>la</sup> concesión de permiso, salvando la posibilidad excepcional de interponer un "non possumus" (técnica del "deber" de autorizar, a reserva del derecho de prohibir), si bien la solución escogida parecía acercarse al segundo polo, porque suspendía sobre las empresas que se fusionaran la espada de Damocles de una orden eventualmente disolutoria. Tampoco se estipulaba, por lo demás, que mientras no se dictara pronunciamiento permisivo, no nacerían efectos civiles; antes bien, se indicaba expresamente (artíc. 24, párr. 4, último apartado) que serían "jurídicamen-

te eficaces" los contratos, en cuanto se inscribieran en el Registro Mercantil o en el de Cooperativas, al contrario del régimen vigente para los pactos o convenios de cártel (artíc. 1º de la Ley de 1957, salvo las excepciones de los artículos 2º y 8º), que son nulos per se, además de estar prohibidos. En segundo lugar, se politizaba totalmente la decisión, sin que a la Oficina Federal de Cártels le correspondiera otra misión que un simple dictamen no vinculante; en tercer término se concebían en forma tan vaga las cláusulas de exención ("mejorar los presupuestos de la competencia", "poner en peligro la capacidad competitiva de las empresas fuera del ámbito de validez de la Ley, hasta el punto de que pase a segundo plano la restricción de la competencia en el mercado interior") que, unidas al monopolio ministerial de la decisión, amenazaban invalidar el sistema. Lo único en que el borrador se atenía, más o menos, a las exigencias teóricas era la relativa brevedad de los plazos previstos para la orden prohibiti a en el supuesto (artíc. 24-a, párrafos 2 y 3) de consulta previa por las empresas, nueve meses, según vimos, con aplicación del silencio administrativo positivo.

A continuación resumimos las principales posiciones críticas y polémicas expresadas con motivo de la información pública a que fue sometido el anteproyecto, desde fines de 1969 a marzo de 1970. Fundamentalmente se discutió sobre:

- si debe o no existir sistema alguno de control de fusiones;
  - si el control debe ser meramente preventivo u operar también con efecto retroactivo;
  - si la decisión de prohibir determinada concentración o, en su caso, de disolverla corresponde a un órgano estrictamente judicial o técnico o, por el contrario, a una autoridad po-
- (347) Ver RAISCH, SOLTER y KARTTE, Für und Wider, Anejos 13 al 16.

lítica;

- qué alcance deben tener las eventuales cláusulas de exención.

Por lo que se refiere al principio mismo del control, se han dibujado tres posiciones: primera, la más radical y tajante, según la cual no procede introducir el sistema en la economía alemana; segunda, una versión atenuada, según la cual no habría inconveniente en admitirlo para los casos excepcionalmente graves en atención a la envergadura o prepotencia de las firmas concentradas; y tercera, la de que la economía alemana necesita urgentemente, a la vista de la avalancha fusionista de la última década, un régimen de prevención legal para todas las operaciones de cierta dimensión. La postura del repudio absoluto ha sido formulada por la Federación de la Industria Alemana, así como por el ala derecha del partido liberal y los autores íntimamente allegados a los medios industriales (318); la segunda actitud, o sea, reducción del control a supuestos excepcionalmente importantes, ha sido mantenida por la Federación de Cámaras de Industria y Comercio, y, por fin, la tercera posición fue adoptada por la inmensa mayoría de los gremios consultados, en especial la Federación Alemana de Sindicatos y, con calor rayano en el entusiasmo, por la Federación de Empresarios Independientes, así como por el partido social-demócrata, el ala izquierda del liberal y determinados círculos del cristiano-demócrata.

La hostilidad al principio del control invoca fundamentalmente tres argumentos, cuya exposición más sistemática cabe reconocer en el dictamen de la citada Federación de la Industria: primero, toda intervención del

(318) Entre ellos, el propio ARNO SOLTER, coautor de la obra de referencia (págs. 45-86), y Director de la Sección Orden de la Competencia en la citada Federación.

Gobierno en una decisión empresarial y, por ende, estrictamente privada, constituye un acto flagrante de "dirigismo" incompatible con la economía del mercado y la libertad de empresa; segundo, un control a escala meramente nacional puede acarrear gravísimos perjuicios a la capacidad de competencia exterior de las firmas germanas, impidiéndoles reagruparse y modernizar sus estructuras, siendo así que las empresas de las demás naciones del Mercado Común, especialmente las francesas y las italianas, se refunden a ritmo creciente, aprovechando que los respectivos Gobiernos ni han instaurado ni tienen, de momento, la menor intención de implantar régimen alguno de signo preventivo; tercero, sólo la gran empresa posee capacidad para planear investigaciones a largo plazo y de mucho coste. También se arguye que en Alemania buen número de amalgamas tienen por objeto y como efecto sanear estructuras atomísticas o salvar de la quiebra a empresas todavía técnicamente redimibles. La versión atenuada de este planteamiento diverge en un solo punto, aunque sustantivo, porque afecta a la idea central; reconoce que "en un orden de economía de mercado se debe observar permanentemente si el grado de concentración requiere medidas estatales para el mantenimiento de una competencia efectiva" y es, por lo tanto, "consecuente desde el punto de vista de la política de competencia que el Estado permanezca vigilante también, y que se persone si surge el supuesto de una concentración excesiva".

A los argumentos de la tesis negativa los partidarios de la regulación preventiva han opuesto diversas consideraciones. La primera es que el control del Estado no supone en absoluto actitud dirigista, sino únicamente ejercicio obligado y elemental de una política de estructuras generales, sin la cual se eliminaría la emulación

competitiva y desaparecería la economía misma de mercado, - del mismo modo que ya no hay incentivo cuando proliferan - los cárteles, razón por la cual la Ley los ha prohibido. En segundo lugar, decían los "reglamentistas", el "argumento - de Europa" es, a pesar de su aparente fuerza, uno de los - más débiles, ya que si existiese un régimen de control a es- cala del Mercado Común, los adversarios del sistema no de- jarían de alegar que las empresas intra-comunitarias queda- ban en situación de inferioridad frente a las del resto del mundo industrializado, no sometidas a regulación preventiva, aparte de que el peligro de discriminación contra las firmas germanas, antagonistas de las francesas o italianas en los mercados exteriores, queda paliado con las cláusulas de ex- cepción previstas por el propio Gobierno. Finalmente, se - apuntaba que no hay correlación estadística entre dimensión empresarial e investigación científica o fecundidad inven- tora.

Sobre la segunda cuestión, de si el siste- ma debía ser únicamente de control ex ante, o si debería ex- tenderse a la acción ex post, se pronunciaron por la prime- ra solución la poderosa Federación de Sindicatos, temerosa de que la disolución retroactiva apareje la pérdida de sus puestos para miles de trabajadores, y el grupo parlamentario del partido social-demócrata, por la misma razón, y también por consideraciones ideológicas. En particular, los Sindica- tos sugerían que se instituyera no sólo el deber de notifi- cación previa para cuantas amalgamas reuniesen las circuns- tancias del artículo 23, y no simplemente el de inscripción "sin demora", o sea, después, sino también un verdadero "pro- cedimiento combinado de contradicción u permiso" (kombinier- tes Widerspruchs-und Erlaubnisverfahren), en virtud del cual la Oficina Federal de Cárteles podría legalmente formular -

oposición (Widerspruch) dentro de un plazo determinado, sin perjuicio de renunciar a ella en las fusiones que manifiestamente no acarreasen situación dominante del mercado ni redujeran de otro modo sustancial la competencia. Las firmas que tropezaran con la oposición de la Oficina podrían, sin embargo, pedirle que autorizase la operación, pero la Oficina sólo la concedería en la hipótesis de probar los peticionarios que la amalgama no crearía ni consolidaría una posición de dominio ni reduciría sustancialmente por otras vías, y que en cualquier caso la licencia no surtiría efecto mientras - no la refrendase el Ministro Federal de Economía (319). Otra modalidad interesante ha sido la fórmula alternativa propuesta por PETER RAISCH (320): los pactos y negocios jurídicos - que se concertaran con vistas a una concentración sólo serían vinculantes entre las partes, y no podrían consumarse mientras no se les autorizara por la superioridad cartelaria o hasta transcurrido un plazo determinado sin que ésta hubiese anunciado su oposición. Sólo después de la licencia o, en su caso, una vez expirado el término legal de impugnación, cabría efectuar la inscripción en el Registro Mercantil. Se exceptuarían, para evitar el peligro de fluctuaciones erráticas en los cambios bursátiles, las adquisiciones accionarias, que podrían consumarse sin esperar a la concesión del permiso pero con suspensión del ejercicio del derecho de voto correspondiente, mientras no se otorgase la licencia o no expirase el plazo de oposición administrativa.

Ahora bien, el punto más discutido ha sido la -

(319) Por lo demás, se preveía que éste podría en casos excepcionales ora autorizar una concentración no permitida por la Oficina, ora dejar sin efecto una licencia concedida por la Oficina cuando lo justificasen "razones preponderantes de economía nacional".

(320) Obra conjunta citada, págs. 39-44.

atribución del pronunciamiento sobre el carácter restrictivo o no de la competencia, en otras palabras, si procede reservar esa decisión a la Oficina Federal de Cárteles (Sindicatos, grupo parlamentario socialista, Federación de Empresarios Independientes y numerosos autores, entre ellos RAISCH) o a la Oficina y a la Comisión de Monopolios a la vez (Federación de Cámaras de Comercio e Industria), o incluso a un tribunal de justicia adecuadamente adaptado (de terminados círculos del partido cristiano-demócrata) o, si por el contrario ese pronunciamiento competía únicamente a una instancia política, en concreto al Ministro de Economía (tesis gubernamental). Como se recordará, el anteproyecto optaba por la segunda solución, relegando a la Oficina Federal y a la futura Comisión de Monopolios a un papel consultivo. Sin embargo, como ha apuntado W.KARTTE (321), "la contraposición entre las opiniones no es tan grande como no parece a primera vista". Efectivamente, también los defensores de la primera fórmula aceptaban la facultad del Ministerio para revocar el acuerdo de la Oficina Federal, si bien unos exigían que el dictamen de la autoridad cartelaria sobre el punto específico de dominio del mercado o restricción de competencia fuese irrevocable, admitiendo como único motivo de reforma la apreciación de circunstancias de orden económico general por el Ministro (Kassationsverfahren, o sea "procedimiento de casación", según la terminología alemana), mientras que otros no tenían inconveniente en que el pronunciamiento del órgano de cárteles sobre el aspecto de la competencia fuera objeto de revisión (Rekursverfahren, o sea "procedimiento de recurso"), lo cual significaba que, a fin de cuentas, nadie objetaba que se examinara toda fusión a la luz de la "economía global" (Gesamtwirt-

En definitiva, lo que se discute es quién debe -  
correr en cada caso con la decisión fundamental sobre la -  
conurrencia o no de los supuestos del artículo 23, pues -  
sólo en la hipótesis afirmativa procederá que el Ministro  
de Economía considere la eventual oportunidad de aprobar la  
concentración por razones de economía nacional. Se arguye  
a favor de la Oficina Federal que es la más indicada ratio-  
ne materiae, y que, además, no está sometida a presiones -  
políticas directas e inmediatas, como lo está el Ministe-  
rio. A favor del monopolio ministerial de la resolución, se  
alega que en las operaciones de relieve la supervisión cons-  
tituye, se quiera o no, una decisión política, que sólo al  
Ministerio incumbe tomar, asumiendo la consiguiente responsa-  
bilidad ante el parlamento. Se añade que es inadecuado y, so-  
bre todo, dilatorio que dos órganos distintos examinen y de-  
cidan separadamente, tanto más cuanto que los problemas de  
competencia y los de economía general se encuentran íntima-  
mente relacionados, aparte de que sería desairado que la Ofi-  
cina Federal y el Ministerio de Economía se enfrenten, en  
caso de discrepancia, a los ojos de la opinión pública.

Finalmente, a la vista de las críticas ex-  
puestas, el Gobierno se ha resignado a aceptar la posibili-  
dad de un acuerdo decisorio de la Oficina Federal en punto  
a competencia, dejando a salvo la facultad de la Administra-  
ción Central bien de revisar el auto y de pronunciarse so-  
bre todos los aspectos económicos, incluso el de posible mo-  
nopolio, de toda amalgama vetada (lo que llamábamos procedi-  
miento de recurso), bien de revisarlo únicamente por motivos  
político-económicos ("procedimiento de casación"), solución  
ésta que parece sumar más partidarios (p.ej.: KARTTE, obra  
conjunta citada, pág. 112) y ser, a nuestro juicio, más con-  
forme a los principios del ordenamiento político-administra



tivo. Creemos, efectivamente, que toda dispensa otorgada a título "excepcional" por el Ministro, siempre que especifique las razones de interés nacional que la inspiren, es tan aceptable, mutatis mutandis, como el derecho de gracia e indulto del Jefe del Estado. Del mismo modo que no padece el prestigio de los Tribunales porque se commute la pena del condenado, tampoco sufriría el predicamento de la Oficina porque se aprobase, a título extraordinario, una operación calificada técnicamente de restricción de la competencia o posición dominante. No o vemos que también en materia de cárteles (artíc. 8º de la Ley vigente) se concede al Ministro de Economía la facultad de autorizar pactos o convenios restrictivos, siempre a demanda de sus partícipes, cuando los considere "excepcionalmente necesarios por motivos preponderantes de economía nacional y de interés público".

Hasta cierto punto se ligan lo que antecede y la cuestión de las "cláusulas excepcionales" de dispensa, preocupación que, desde ángulos distintos, comparten los sectores interesados por el anteproyecto. Casi todos, en efecto, piensan que se confiere al Ministro un poder demasiado amplio, pues es muy difícil poner puertas al vasto campo del "interés general", pero nadie ha llegado a proponer fórmula o menos difusa que la del anteproyecto sobre lo que se debe entender por "motivos preponderantes del conjunto de la economía o del bienestar general", salvo quizá RAISCH(322)

Por lo demás, no han faltado quienes exhum

---

(322) En su proyecto particular (obra conjunta citada, pág 43), sugiere RAISCH la redacción "motivos preponderantes de bienestar general o consideraciones económicas generales prioritarias en el sentido del artículo 1º de la Ley de Fomento de la Estabilidad y Crecimiento de la Economía", de 8 de junio de 1967 (Boletín de Legislación Federal, I, pág. 582). El artículo 1º de esta Ley faculta al Estado Federal y a las Regiones para adoptar las medidas económicas y financieras exigidas por la estabilidad del nivel de precios, el mantenimiento de un alto nivel de empleo y el equilibrio exterior.

ron la vieja polémica sobre la tipificación de criterios ab-  
solutos, y así la Federación de Cámaras se pronunció contra  
el mecanismo de números globales como único motivo de posi-  
ble impugnación, sosteniendo que lo único procedente era -  
frustrar o disolver las situaciones de dominio de un merca-  
do concreto. A su juicio, el control debería limitarse a las  
concentraciones horizontales y no atacar las verticales ni  
las de tipo mixto, a las que ni siquiera los Estados Unidos  
habían sido capaces de conferir una medida precisa, y por -  
lo tanto, bastaba con que la Ley estableciera un porcentaje  
determinado de la producción nacional de un artículo.

- c') El proyecto de ley definitivo.- A la vista  
de tales y tantas objeciones y comentarios, contrapropuestas  
y estudios, el Departamento de Economía resolvió volver so-  
bre su obra. En abril de 1970 dió nueva audiencia a unas se-  
tenta federaciones y el 28 de octubre siguiente editó una  
"versión reelaborada" (überarbeitete Fassung) del rproyecto,  
la cual fue sometida, a su vez, al examen crítico de aproxi-  
madamente ochenta gremios en los primeros días de diciembre,  
mientras que en el seno del Gobierno el partido liberal con-  
tinuaba expresando reticencia. Por fin, después de un labo-  
rioso compromiso entre las dos formaciones gubernamentales,  
el Consejo de Ministros de 14 de mayo de 1971 dió su aproba-  
ción <sup>al</sup> texto definitivo, y el 28 del mismo mes el Canciller  
Federal enviaba oficialmente al Bundesrat lo que se conoce  
"como proyecto de una segunda reforma para modificar la Ley  
contra las Restricciones de la Competencia". Sin embargo, -  
por la tenaz oposición de ciertos miembros del grupo par-  
lamentario liberal y también por dificultades políticas del  
Gabinete BRANDT, el proyecto aún no ha sido discutido a fon-  
do.

La Exposición de Motivos (Begründung), que no se an

tepone sino que sucede al articulado, es, según la tradición alemana, un texto largo y meticuloso fundamentalmente dedicado a recalcar, a reafirmar la fe del Ministerio en la "significación central" de la "política de competencia" en todo "orden económico y social libre", refutando de paso los argumentos formulados contra la primera versión. La afirmación básica es, sin duda, que "el problema número uno ya no es hoy la cartelización sino la concentración empresarial", y si bien se reconoce a renglón seguido que las amalgamas son a menudo necesarias "como medio de realización del progreso económico y técnico", se añade que en la misma medida aumenta la exigencia de "posibilidades de política de competencia para el impedimento de una concentración excesiva y para el control eficaz del poder de dominio del mercado".

En lo que se refiere determinadamente a la prevención de amalgamas, se enuncian como motivos apremiantes: primero, que la concentración puede reducir la competencia del mismo modo que los cárteles, y aminorar los incentivos de rendimiento y progreso, y las acumulaciones exageradas de potencia económica son susceptibles de destruir las bases del orden político ("democracia política y economía de mercado no son concebibles sin descentralización del poder"); segundo, que "el control de amalgamas no es dirigismo", y que "la libertad de disposición empresarial" tiene prioridad en la economía de mercado sólo mientras no conduzca al dominio de las transacciones y a la eliminación de la competencia y de la libertad de los demás, si bien al Estado incumbe procurar que la prevención de amalgamas se reduzca a la medida indispensable; tercero, que la introducción del sistema "ya es necesaria", pues, si hasta los últimos años era posible esperar, en razón a que la apertura de las fronteras nacionales en el seno de la Comunidad Eco-

nómica Europea operaba contra la formación de posiciones dominantes en el interior, en la actualidad de lo que se trata es de mantener una estructura que en líneas generales es todavía aceptablemente competitiva y de "impedir - una petrificación de los mercados" en una serie de oligopolios nacionales que luego harían punto menos que imposible una verdadera integración supranacional, por la virtual imposibilidad de disolver o deshacer todas las fusiones colosalistas. Constantemente se hace referencia, en este punto, al ámbito "europeo" en que debe desarrollarse en adelante la política alemana de competencia, por la "aumentativa inserción" de la economía del país en la del continente y en la del mundo entero. En particular se cita en tono admonitorio el siguiente pasaje del memorandum de la Comisión de Bruselas sobre "Política industrial comunitaria" (323): "El movimiento nacional de concentración ya no puede proseguir en algunos sectores sin frustrar toda ulterior reestructuración europea y sin que surja una serie de situaciones monopolísticas en el plano nacional. Como no se ponga coto al proceso, los ramos industriales así concentrados no disfrutarían ya de una estructura plurinacional".

Sintetizada la fundamentación, enunciemos las novedades de la parte dispositiva, siguiendo el orden del articulado.

En primer lugar, ha experimentado modificaciones el concepto de "posición dominante"(artíc.22). Se presume que una empresa es "dominante del mercado" cuando "no tiene competidores o no está expuesta a competencia sustancial", con lo cual no se hace más que repetir la de

---

(323) Fechado el 18 de marzo de 1970, págs. 75 y sigs.

finición clásica; o bien cuando totalice el cuarenta por ciento del mercado nacional de un producto o servicio y ninguno de sus rivales supere el diez por ciento, si bien no se aplicará esta presunción a las firmas que hayan vendido en el último ejercicio cerrado menos de doscientos cincuenta millones de marcos. La disposición, enteramente nueva, señala unos criterios cuantitativos más concretos que los de la versión primitiva, por lo que cabe considerarla como un paso adelante. También se supone dominio simultáneo de "dos o más empresas" cuando "por razones fácticas" (aus tatsächlichen Gründen) no exista competencia sustancial entre ellas y reúnan, además, el cuarenta por ciento de la oferta nacional, mientras que ninguno de los rivales rebase el diez por ciento. Es más, se "supone" que no existe competencia entre ellas "cuando las firmas se comporten del mismo modo durante cierto tiempo en la exigencia o propuesta de precios". Ahora bien, para guardar paralelismo con la empresa individual, no habrá presunción de posición dominante cuando "se trate de firmas que hayan tenido en el último ejercicio volumen de ventas inferior a cien millones de marcos alemanes".

Por lo que se refiere al dominio compartido, el proyecto es, a la vez, menos liberal y más tolerante que su primera versión: lo primero, porque ahora basta con el cuarenta por ciento de la oferta nacional, en vez del sesenta por ciento que antes se exigía en el caso de tres o menos firmas, o del ochenta por ciento para seis o menos empresas (debiendo reunir, además, cada una de ellas el diez por ciento, como se recordará); lo segundo, porque el nuevo texto requiere, en cambio, que ninguno de los rivales ajenos al círculo oligopolístico tenga más del diez por ciento. En todo caso queda clara, ahora como antes, la voluntad del Ministerio de no inquietar a los

pequeños y medianos empresarios, cuya fuerza electoral no es desdeñable.

Se simplifica considerablemente, sin que sufra apenas su amplitud, el catálogo de las figuras de "amalgamas", pues quedan virtualmente comprendidas, en términos mucho más breves, los mismos supuestos. En particular se refunden (párr. 3 del artíc. 23) el traspaso de la gestión de una firma a otra, la transferencia total o parcial de activos, la constitución de concernos, la gerencia de una firma por cuenta de otra y el sometimiento directo o indirecto de una empresa a otra. Sólo hay dos alteraciones sustanciales: el régimen de "participaciones" de capital y las conexiones de cargos directivos. En el primer punto se considera "amalgama" la adquisición de "partes" de una sociedad por otra, cuando esas partes, solas o unidas a otras ya pertenecientes a la segunda, aseguran a la adquirente: a) el veinticinco por ciento del "capital con derecho a voto" de la entidad participada; b) el cincuenta por ciento de ese mismo capital, o c) la mayoría de ese capital en el sentido del artículo 16, párrafo 1, de la Ley de Sociedades Anónimas (324). Recordemos que en la versión primitiva se exigía alternativamente (párr. 2, apart. 5) que la participación adquirida fuese mayoritaria o que concediese al adquirente "tantos votos que, aun en el supuesto de participar todos los socios en una votación sobre cambio de los estatutos....., no quepa adoptar acuerdo alguno sin consenti-

---

(324) Puede parecer extraño que se cite como supuestos distintos la adquisición de un 25% y la compra de un 50% del capital. La Exposición de Motivos lo justifica con razones de orden práctico: la conveniencia de que si una empresa A, poseedora del 25% de las acciones de B, adquiere otro 25%, situándose así en el 50%, lo notifique a la autoridad, con lo que "se da transparencia a todo aumento de participación en la otra empresa", gracias al cual se alcance el nivel del apartado b). La propia Exposición justifica haber escogido el nivel del 50% por la frecuencia del supuesto en los últimos tiempos.

miento de la participante". La nueva fórmula presume ya la concentración cuando el paquete suponga la cuarta parte. A renglón seguido se recoge también la figura de las "empresas comunitarias" (Gemeinschaftsunternehmen), aunque sin citarlas nominativamente (último inciso del párr. 2 del artículo 23): "si varias empresas adquieren simultánea o sucesivamente en las proporciones especificadas participaciones en otra firma, se considera también este acto como amalgama mutua de las empresas participantes con relación a los mercados donde opere la otra empresa", y se dispone incluso - que si un individuo o una unión de personas que no tenga la condición de empresa y que posea parte mayoritaria de una firma, adquiere parte de otra empresa, se le aplicará la calificación de empresa, a los efectos de la Ley (325).

En cuanto a los nexos directoriales, se califica de "amalgama" (artíc. 23, párr. 2, apart. 4) "la situación de igualdad personal de, por lo menos, la mitad de los miembros del Consejo de Vigilancia, del Consejo de Dirección o del órgano de la empresa llamado a dirigir sus negocios". La fórmula es más moderada que la del anteproyecto, la cual hablaba literalmente de igualdad de miembros, sin especificar número, y hacía extensivo el precepto a los "altos empleados", que ya no se mencionan. Sin embargo, la solución propuesta al Parlamento es, en cierto modo, más peligrosa para las empresas, pues no exige "contrato" previo para que la identidad de la mitad de miembros se considere amalgama; basta con que se dé el hecho de la

(325) Se ha introducido, sin duda para disipar toda inquietud de los medios bancarios, una excepción en virtud de la cual no hay amalgama cuando un instituto de crédito, con motivo de la fundación o del aumento de capital de una empresa o con otra ocasión durante el desarrollo del negocio de ésta, adquiriera participaciones de una firma con el fin de colocarlas en el mercado, mientras no ejerza el derecho de voto correspondiente, y siempre que la subsiguiente enajenación se efectúe dentro del plazo de un año.

identidad.

Por si no fuera suficiente lo que antecede, el Gobierno Federal añade la clásica fórmula de extensión analógica (artíc. 23, párr. 2, apart. 5), en virtud de la cual se incluye "cualquier otro nexo (Verbindung) de empresas - por el que pueda una firma ejercer influencia dominante, - directa o indirectamente, sobre otra empresa".

Es, sin embargo, en el artículo 24 donde residen, como se ha indicado, las principales innovaciones. El párrafo 1 anuncia quizá la más trascendente, al establecer que "cuando sea previsible: 1) que se constituya o fortalezca mediante una concentración, una posición de dominio del mercado, y 2) que esta posición dominante no se equilibre por una mejora de las condiciones de competencia en ese mercado o en otros, tendrá la Autoridad cartelaria las competencias que se enuncian en las disposiciones siguientes". Pero, reconociendo, sin duda, el buen fundamento de las críticas dirigidas al anteproyecto por los medios industriales el Gobierno ha cuidado esta vez de limitar (párr. 8 y último) el régimen de control a las operaciones de magnitud verdaderamente notable. En efecto, las facultades conferidas no serán aplicables a los casos en que:

- las empresas participantes no totalicen durante el último ejercicio cerrado un volumen de ventas de mil millones de marcos;

- la restricción de la competencia a que se refiere el párrafo 1 del artículo no gravite en el ámbito total de vigencia de la Ley o en una "parte sustancial" del mismo; en otras palabras, se excluyen las concentraciones que sólo configuren dominio de ámbito local;

- se refunda con otra empresa una firma que, en el último ejercicio cerrado haya hecho un volumen de ventas no



superior a cincuenta millones de marcos, y

- se trate de un mercado en el que durante el último año natural las ventas totales no hayan llegado a cinco millones de marcos.

Viniendo al mecanismo procesal (párrs. 2 al 7 del artíc. 24), comprobamos un giro radical: en primer lugar, cuando se den las circunstancias del párrafo 1, la Oficina Federal de Cárteles "prohibirá" la operación. Ya no se habla, pues, de simple "toma de posición". Se añade, a nuestro juicio con suma oportunidad, que la Oficina podrá prohibir la concentración "cuando llegue a su conocimiento el propósito (das Vorhaben) de consumir la amalgama". En el supuesto de que ya se haya llevado a cabo, la Oficina Federal, la Oficina Federal sólo podrá vetarla dentro del año siguiente al registro de entrada de la preceptiva comunicación (artíc. 23). En el supuesto de que la Oficina formule prohibición, no será lícito llevar a efecto el acto concentrador "sin permiso del Ministro Federal de Economía y Hacienda", ni contribuir a que se consume, y en caso de contravención, procederá la disolución.

El Ministro Federal de Economía y Hacienda concederá, previa solicitud, el permiso de ayuntamiento para cada caso individual cuando la restricción presuntiva de la competencia quede compensada por las "ventajas económicas generales" de la operación o cuando el acto esté justificado por un "interés público primordial". Se faculta al Ministro para supeditar la licencia a las condiciones y limitaciones que juzgue convenientes, con tal que no tiendan a "someter a las empresas partícipes a un control permanente de su conducta". La solicitud de licencia deberá presentarse por escrito al Ministerio en el plazo de un mes plazo que comienza el día en que la Oficina Federal haya dic

tado su resolución negativa (326). Por su parte, el Ministro deberá resolver dentro de los cuatro meses siguientes a la presentación de la instancia, después de "escuchar" a las "autoridades supremas" del Estado regional (Land) en cuyo territorio tengan su sede las firmas partícipes. Sugestiva novedad jurídico-política es la posibilidad de que el Ministro pida previamente dictamen a la Comisión de las Comunidades Europeas, con lo que el proyecto hace honor a su profesión de fe europeísta.

Se confiere, además, al Ministro la facultad de revocar el permiso concedido o de supeditarlo mediante la Ordenanza correspondiente, a limitaciones o requisitos cuando los partícipes hayan actuado de forma contraria al permiso obtenido. En particular, está el Ministro autorizado a retirar la licencia si las empresas la han obtenido mediante engaño deliberado, amenaza, cohecho o datos sustancialmente falsos o incompletos. El Proyecto no es, sin embargo, tan severo como parece, en punto a "disolución", ya que el párrafo 6 del artículo 24 especifica que "la disolución de una amalgama consumada puede también consistir en eliminar la restricción de competencia de modo distinto al restablecimiento de la situación anterior". En otras palabras, el Gobierno no estará obligado a deshacer la fusión ya realizada, si juzga que la medida es susceptible de provocar trastornos o conflictos graves.

En cualquier caso, sea cual fuere la forma acordada de anulación, será la propia Oficina Federal de Cárteles quien tome las providencias necesarias de ejecución material y de apremio que originariamente se confiaban

---

(326) Ahora bien, si esta resolución es impugnada dentro del plazo de un mes estipulado por el artíc. 65, párr. 1, de la Ley vigente, ante los Tribunales, el término comenzará a partir del momento en que gane firmeza el pronunciamiento de la Oficina Federal, o sea, en que recaiga sentencia definitiva.

al ministro, con la única diferencia de que las multas pueden ir de diez mil a un millón de marcos, en vez de hasta cien mil.

Si comparamos con la regulación primitiva, las diferencias son visibles: ha desaparecido toda mención de cifras absolutas o relativas, como umbral de intervención administrativa; únicamente subsiste el criterio del dominio del mercado, con lo que también se atiende una de las recomendaciones más insistentes del Congreso de Industria y Comercio. Otro rasgo novedoso y acertado consiste en la introducción de un término medio, de un statu condicional. Antes sólo cabía autorización o disolución; ahora es posible autorizar, disolver o permitir condicionalmente.

Por otra parte, el Proyecto definitivo deja al Ministro mayor margen interpretativo y, por ende, más libertad de decisión, a la hora de autorizar una amalgama de empresas dominantes: en efecto, mientras el anteproyecto exigía alternativamente mejora de las condiciones o supuestos de competencia o necesidad de preservar la capacidad competitiva en los mercados extranjeros, el nuevo texto hace una referencia muy general a "las ventajas de la amalgama para la economía nacional" o a "un interés público primordial".

El artículo 24-a se ocupa, igual que en el primer borrador, del preaviso a la Oficina Federal de Cárteles, preaviso que sigue teniendo carácter facultativo, excepto en el caso, y aquí radica la novedad, de que dos, por lo menos, de las firmas participantes en la concentración hayan tenido en el último ejercicio cerrado un volumen de ventas de mil millones de marcos o más cada una. En este caso el preaviso es obligatorio, y también lo será "cuando la amalgama deba hacerse, según el derecho de un Estado regional (Landesrecht), mediante Ley o acto de soberanía (Ho-

heitsakt )". Una vez notificado a la Oficina Federal, "el propósito" de llevar a cabo una concentración (párr. 2), la Oficina sólo puede prohibirla comunicando al autor del preaviso en el plazo de un mes que el proyecto ha sido dictaminado y dictando luego la correspondiente resolución, dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada de la comunicación en el Registro. Sin embargo, también podrá la Oficina Federal fulminar prohibición pasados los cuatro meses, cuando:

-1) den su consentimiento las empresas partícipes en la operación a la prórroga del plazo; o

-2) se haya consumado la amalgama a pesar de no haber expirado aún el plazo de un mes entre el preaviso a la Oficina y la comunicación de ésta (Mitteilung) a que nos hemos referido, o el plazo de cuatro meses, también indicado, entre la comunicación y la resolución debidamente notificada a las partes; o bien

-3) se consume la amalgama de modo distinto al especificado en el preaviso; o

-4) no estando aún consumada la concentración, se hayan alterado sustancialmente las circunstancias en virtud de las cuales la Oficina Federal haya desistido, en principio, de hacer a las partes la comunicación de referencia en el plazo legal de un mes o de prohibir la operación;

-5) la Oficina Federal haya omitido dicha comunicación como consecuencia de informaciones incorrectas o incompletas de las empresas participantes en la amalgama, o, por fin,

-6) por no haber sido debidamente informada la Oficina Federal acerca de datos que ella haya pedido a las empresas (artíc. 46 de la Ley vigente) o que éstas estén obligadas a transmitirle y, como consecuencia de esa falta de información la Oficina no haya impartido la comunicación o haya prescin-

dido de poner su veto a la operación.

El Proyecto cuida de aclarar (párr. 3) que el aviso del "propósito" de concentrarse deja "intacto" el deber de registro (Anzeigepflicht) de la amalgama con arreglo al artículo 23. Por lo demás, se especifica que es ilícita la consumación de una amalgama sujeta a la obligación de preaviso, mientras no haya transcurrido el plazo de un mes entre éste y la comunicación de la Oficina y, una vez hecha ésta, mientras no se cumplan los cuatro meses.

Respecto a la Comisión de Monopolios, último punto que nos resta (artíc. 24-b), hay una ~~enmienda~~ ~~fonda~~ ~~mental~~ y es que desaparece el dictamen sobre cada caso individual y se instituye, en lugar de él, un informe periódico general. Se dispone concretamente (párr. 1) que "para el dictamen regular del desarrollo de la concentración empresarial en la República Federal Alemana y la aplicación de los artículos 22 a 24 se constituye una Comisión de Monopolios, que constará de cinco miembros (antes eran siete), los cuales deberán poseer conocimientos y experiencia especiales de economía política y empresarial, política social, tecnología y derecho de la economía". El resto no nos interesa, salvo el párrafo 3, según el cual "la Comisión de Monopolios enjuiciará en su dictamen el estado de la concentración empresarial, así como su evolución previsible desde puntos de vista político-económicos, y en particular de política de la competencia, y conceptuará cómo se han aplicado los artículos 22 al 24 (el 22 trata del control de abusos de posición dominante). Asimismo especificará los cambios necesarios, según su opinión, en las disposiciones correspondientes de la presente Ley". También deberá la Comisión (párr. 5) presentar cada dos años antes del 30 de junio y por primera vez después de expirado el segundo año natural completo desde la

entrada en vigor de la reforma, un dictamen extensivo a los acontecimientos de los dos últimos años naturales finalizados, sin perjuicio de emitir los adicionales que estime convenientes, dictamen que el Gabinete remitirá a los Cuerpos legislativos, acompañando su "toma de posición".

Resumiendo, he aquí las modificaciones principales:

- reducción del control a las amalgamas que pongan en juego volúmenes de negocio superiores a mil millones de marcos anuales;
- prevención vinculante sólo para fusiones en que dos o más partícipes dispongan cada uno de ventas superiores a mil millones de marcos al año;
- transferencia de la decisión (y no simplemente "toma de posición") sobre la existencia de restricción competitiva, a la Oficina Federal de Cárteles;
- posibilidad de que el Ministerio de Economía Federal conceda autorización basándose en una cláusula, que sigue siendo de índole muy general, inspirada en consideraciones del "conjunto de la economía y del bienestar común";
- la Comisión de Monopolios ya no interviene en los expedientes singulares que se planteen, sino únicamente mediante informes periódicos de carácter genérico, sobre tendencia de la concentración en el sistema económico.

En definitiva, lo que ha hecho el Ministerio es simplemente acoger diversas críticas de detalles y perfeccionar técnicamente la versión primeriza, aunque no ha eliminado del todo el inconveniente más grave, la inseguridad o incertidumbre jurídica derivada de la posibilidad de disolución de amalgamas consumadas que pende amenazadora sobre las grandes firmas. En cierto modo, el peligro no deja de ser saludable para las empresas prepotentes, las cuales

lo pensarán mucho antes de arriesgarse a una concentración sin permiso de la autoridad gubernativa.

En sustancia, no cabe afirmar que el proyecto introduzca un control preventivo stricto sensu, excepto para amalgamas en las dos o más protagonistas superen cada uno mil millones de marcos de ventas anuales, si bien, ponderadas las circunstancias de Alemania, y considerando que la política es "el arte de lo posible" (CANOVAS) o, si se prefiere, "el arte de hacer posible lo que es necesario" (MAURRAS), el Proyecto merece un juicio positivo de conjunto.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la reacción de los diversos sectores políticos y económicos? La corrección informativa obliga a registrar un concierto estridente de críticas, aunque quizá no tanto como a raíz del primer ensayo, fenómeno por lo demás no sorprendente, pues esa suerte corren todas las propuestas reformistas que intentan un compromiso. Por un lado, los Sindicatos no han agradecido apenas al Ministerio que recogiera una de sus recomendaciones capitales, a saber, el traslado a la Oficina de Berlín de la declaración del carácter restrictivo o peligroso de las operaciones fusionistas, y le censuran con acritud que reduzca el ámbito de la prevención coactiva a las operaciones colosistas (327), argumentando que quedarán prácticamente extramuros de la ley sectores enteros como el caucho, la industria editorial, el cemento y el vidrio. Por otro lado, tampoco el patronato, concretamente el Departamento de Competencia de la Federación de la Industria, se abstuvo de reticencias, insistiendo en que la reforma es susceptible de

---

(327) El portavoz de la Federación de Sindicatos, PETSCHER, presentó en el Ministerio (diciembre de 1970) un anteproyecto alternativo en que se sometía a control preventivo toda amalgama que cristalizase en una empresa con más de quinientos millones de marcos de ventas al año.

las exigencias de la competencia internacional" y de "entorpecer medidas necesarias de racionalización y la evolución tecnológica". Por su parte, la Federación de Cámaras no renuncia a su ideal de un régimen comunitario, supranacional, en vez de la ley simplemente alemana que el Gobierno postula. A pesar de que, según cálculo de los medios patronales, sólo hay unas sesenta empresas con más de mil millones de marcos anuales de ventas, no faltan quienes proponen que se eleve el umbral a cuatro o incluso cinco mil millones de marcos, medida que reduciría a la mitad, es decir, a una treintena el número de empresas controlables.

#### e) Conclusiones.

Consecuentemente han de ser lacónicas, por que aún no ha cobrado vigor la reforma legislativa proyectada, pero no por su brevedad serán menos aleccionadoras, sobre todo en el plano del derecho comparado, para las naciones que, como España, montan su actual ordenamiento sobre el régimen de notificación y registro, pues la evolución del derecho germánico tiende, según las apariencias, a insertarse en una ley de desarrollo histórico de la normativa antitrust.

Primera.- Alemania estuvo sometida, igual que el Japón, como consecuencia de su derrota en la Segunda Guerra Mundial y subsiguiente allanamiento, a un régimen de disgregación de sus grandes empresas industriales (no tanto, en cambio, las financieras y bancarias, lo mismo, también, que el Japón).

Segunda.- Si bien la mayor parte de las empresas alemanas se han reagrupado, la realidad es que no han recobrado las dimensiones relativas (o sea, con referencia al conjunto de la Economía) de la época pre-bélica, salvo excepciones,



señaladas por los partidos, los sindicatos, fuertes sectores de la prensa y de la opinión, cada vez que insinúan una operación concentradora de envergadura sobresaliente. No es menos verdad que sus escrúpulos no les impiden efectuar muchas absorciones, pero también lo es que operan como freno in extremis, limitando el alcance teóricamente posible del fenómeno. Buen ejemplo fue lo que sucedió con la venta por AXEL SPRINGER de varias revistas de su cadena, a raíz de la campaña desatada contra él.

Tercera.— El régimen de simple notificación e inscripción registral de las concentraciones de empresas dominantes o influyentes en el mercado no ha logrado por sí mismo refrenar el proceso de aglutinamiento que la industria ha experimentado durante la década 1960-1970, especialmente durante 1965, y por otra parte tampoco se extrajo el partido hacedero y exigible a la Ley vigente de 1957 en materia de audiencia pública en los casos de fusiones de talla excepcional.

Cuarta.— Sin embargo, el sistema ha tenido mérito notable, de orden moral y de acción por así decir retrasada: hacer que la Administración Federal, impelida a seguir de cerca la evolución del fenómeno, cobrara conciencia de su magnitud y del peligro que suponía, especialmente a largo plazo, para las estructuras competitivas del sistema económico, y así los informes anuales del órgano berlinés al Parlamento y los comentarios correspondientes del Gobierno Federal han terminado por crear un clima propicio a la reforma de la Ley. Más bien ha sido en primer lugar la Oficina Federal quien — gravitó persuasivamente en el Gabinete (cuya filiación mayoritariamente socialista le predisponía a dejarse influir) y éste, a su vez, el que ahora trata de inculcar al Parlamento el espíritu reformador.

rá de seguro un régimen de control previo stricto sensu sino un híbrido de prevención y de disolución, salvo en las fusiones excepcionalmente voluminosas, para las cuales habrá prevención auténtica; pero el derrotero previsible apunta al auge paulatino del control ex ante, que probablemente se extenderá a todas las firmas grandes en general, y no sólo para concentraciones verticales, sino también para las verticales y las conglomeradas o "diagonales".

#### 4) UN CASO ESPECIAL: LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA.

El régimen del Mercado Común no entra propiamente en ninguna de las dos categorías examinadas: ni se basa en el principio de prohibición o, por lo menos, de control preventivo, ni se atiene a la simple notificación registral. Sin embargo, lo incluimos aquí como último epígrafe porque es el Capítulo europeo el que más le cuadra, en consideración al estrecho parentesco entre la regulación antitrust del Tratado de Roma y el derecho de defensa de la competencia de algunos países miembros.

##### a) El problema de la concentración de empresas según el Ejecutivo de la Comunidad.

Como se dijo a propósito de la fiscalidad (Tomo I, pág. 375, nota 283), la Comisión de Bruselas publicó, bajo el título "El problema de la concentración en el Mercado Común" (328), un sugestivo estudio sobre los aspectos económico, fiscal y jurídico de las fusiones de empresas. Sólo nos interesan ahora las conclusiones de las partes primera y tercera ya que las relativas al régimen tributario se recogieron ya en el Capítulo IV (Tomo I).

(328) Documento SEC(65) 3.500, 1º de diciembre de 1966, Bruselas. Colección Etudes, serie Concurrence, nº 3.

a / El fenómeno general de las grandes y  
la política económica de la Comunidad..- En el prefacio expone la Comisión sin ambages que "el mercado común exige - empresas de talla europea, a fin de que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y técnica aprovechen sin restricción a ciento ochenta millones de consumidores". Ya renglón seguido: "Numerosas empresas europeas tendrán, pues, que adaptarse, por crecimiento interno o por fusión con otras firmas, a un mercado más vasto. El refuerzo de su capacidad competitiva les será igualmente beneficioso en la competencia internacional con las grandes empresas de terceros países".

Toda la parte primera ("Los problemas económicos planteados por la concentración de empresas", págs. 7-11) está dominada por dos preocupaciones: la "adaptación de las firmas europeas a las dimensiones del Mercado Común, así como a la estrategia de los gigantes americanos y japoneses; y en sentido inverso la posibilidad de que "una talla excesiva conduzca a un crecimiento exagerado de ciertos costes fijos y especialmente de los gastos de gestión y administración". La Comisión confiesa que sus estudios han - confirmado la inviabilidad de juicio general alguno sobre la "dimensión óptima" de las firmas, ya que esta magnitud - depende de la índole de los artículos producidos, de los - procesos de fabricación y del volumen y estructura del mercado mismo, aparte de que el progreso técnico "no provoca necesariamente tampoco un incremento en las empresas, y cabe alcanzar el óptimo económico con diversas dimensiones empresariales y procedimientos de producción". De todos modos el Ejecutivo comunitario se inclina, bien que moderadamente, al fomento de la concentración, reteniendo las ventajas "de que gozan en el momento actual las grandes empresas en va-

e investigación técnica", y que "el gran mercado europeo en -  
gestación y el incremento de los intercambios.... con el res-  
to del mundo acarrearán el aumento de la dimensión de muchísi-  
mas firmas europeas mediante inversiones internas o por vía  
de concentración con otras empresas", aunque en Europa las  
estructuras económicas no corresponden todavía, en numerosos  
casos, a las nuevas orientaciones mundiales. Se puntualiza,  
además, que las concentraciones aumentativas de la producti-  
vidad serán más deseables aun si operan por encima de las  
antiguas fronteras (las nacionales) y se enderezan así a -  
una integración de mercados. Conviene, por ende, suprimir  
"los obstáculos" interpuestos a las amalgamas de empresas,  
concretamente los de índole fiscal, los derivados del de-  
recho mismo de sociedades y, por último, los consiguientes  
a la legislación de patentes, marcas y modelos, prescripcio-  
nes y normas industriales.

Ahora bien, la Comisión denuncia el peligro  
de "las posiciones dominantes y su formación" (pág. 11), y  
afirma que "hay lugar, desde el punto de vista de la compe-  
tencia, a formular reserva acerca de las concentraciones -  
traducibles en la creación de situaciones de monopolio en  
el mercado común". La Comisión prevé, en principio, contra-  
ellas el ejercicio del artículo 86 del Tratado de Roma, que,  
como se sabe, condena los abusos de posición dominante (vi-  
de infra, epígrafe b'), en los supuestos "en que una empresa  
dominante imponga una concentración a una más pequeña".

En conclusión se postula que la Comuni-  
dad adopte tres tipos de medidas:

- eliminar las trabas e impedimentos que se oponen a  
determinados tipos de concentración;
- mejorar la capacidad competitiva de las pequeñas y  
medianas empresas;

abocar a un monopolio a escala de la Comunidad Económica Europea. Precisamente al control de las operaciones presuntamente monopolísticas se dedica la tercera parte del estudio, que sintetizamos en el siguiente epígrafe.

b') Estudio de la posibilidad de aplicar a las concentraciones el régimen legal de los conciertos y de los abusos de posición dominante.- El planteamiento se cifra en la interrogante de si es posible aplicar por extensión los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, que prohíben respectivamente las "ententes", es decir, los conciertos o colusiones ("cárteles" en la terminología alemana), y los abusos de dominio del mercado, a la fusión de empresas en sentido amplio, interrogante que la Comisión confiesa haber sometido a dictamen de "un grupo de profesores".

Se empieza planteando correctamente la diferencia entre concierto y concentración: mientras que al primero se le define por "acuerdo entre empresas que siguen siendo autónomas, con vistas a determinado comportamiento en el mercado", se suele hablar de concentración "cuando varias empresas se reagrupan bajo dirección económica única, abandonando su autonomía económica". Tiene aquél como efecto "obligar a una conducta", mientras que la concentración "acarrea una modificación de la estructura interna de las empresas", aunque las fronteras entre uno y otra son huidizas, fluctuantes, confusas. De todos modos el Ejecutivo supranacional se decide a enumerar categóricamente como "formas más importantes de la concentración de empresas" la participación de sociedades en el capital de otras, la adquisición total o parcial del activo de otras firmas y la fusión de dos o más entidades jurídicamente independientes en una

nueva sociedad. "Por regla general - resume la Comisión - el proceso de concentración se presenta en forma de adquisición de propiedad o, en caso de fusión, por ejemplo, de modificación en las relaciones de propiedad de las empresas". Se reconoce la utilización de otros medios jurídicos de creación de agrupaciones de carácter duradero (verbigracia, los contratos relativos a la administración de una empresa por otra), pero se apunta al mismo tiempo que suelen descansar "casi siempre" en relaciones de propiedad entre las firmas interesadas.

El sistema recuerda que la política de la Comunidad ha sido "no determinar en abstracto el contenido de las prohibiciones enunciadas en los artículos 85 y 86, sino sólo a partir de casos singulares" (cas d'espèce), mediante el desarrollo progresivo de una jurisprudencia, si bien en vista de la "inseguridad existente" en los medios económicos sobre la situación jurídica de los ayuntamientos empresariales ante el ordenamiento comunitario, se apunta la conveniencia de que la Comisión "tome una posición a guisa de directriz sobre el asunto de aplicabilidad" de los artículos de referencia, directriz que únicamente tendrá carácter indicativo.

Parece metodológicamente obligado que transcribamos en primer lugar el texto de los preceptos:

"Artículo 85.

1.- Son incompatibles con el Mercado Común y quedan prohibidos cualesquiera acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto impedir, falsear o restringir el juego de la competencia en el interior del Mercado Común, y en particular las que consistan en:

-a) fijar de modo directo o indirecto los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

-b) limitar o controlar la producción, los mercados de salida (débouchés), el desarrollo técnico o las inversiones;

-c) repartir los mercados o las fuentes de aprovisionamiento;

-d) aplicar, frente a contratantes comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes infligiéndoles así una desventaja en la competencia;

-e) subordinar la conclusión de contratos a la aceptación por las partes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de esos contratos.

2.- Son automáticamente nulos (nuls de plein droit) los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del presente artículo".

No nos interesa transcribir literalmente el párrafo 3, que prevé la posibilidad de exceptuar determinados acuerdos restrictivos que contribuyan a mejorar la producción o distribución de artículos o a promover el progreso técnico o económico, siempre que los consumidores obtengan parte de los beneficios que de aquéllas resulten y que las restricciones pactadas sean las mínimas indispensables.

#### Artículo 86.

"Es incompatible con el Mercado Común y queda prohibido en la medida en que afecte al comercio entre Estados miembros, el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial de éste .

Las prácticas abusivas pueden especialmente consistir en:

-a) imponer de modo directo indirecto los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción no equititativas;

-b) limitar la producción, los mercados de salida o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

-c) aplicar frente a contratantes comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, infligiéndoles desventaja en la competencia;

-d) subordinar la firma de contratos a la aceptación por los contratantes de prestaciones suplementarias que, - por su naturaleza o según los usos mercantiles, no se relacionen con el objeto de esos contratos".

Pues bien, con referencia a si es aplicable la primera de las normas transcritas, el estudio se hace eco del dictamen de los profesores, favorable por mayoriá de votos a la respuesta afirmativa "cuando subsistan empresas jurídicamente distintas después de la concentración y quede sensiblemente restringida la competencia", y comenta: "Esta interpretación no permite ciertamente abarcar todos los casos de concentración pero, según la opinión mayoriitaria, alcanza por lo menos a los principales. Así, la - fusión como tal y los procesos de concentración que no surjan de acuerdos entre empresas se saldrían del campo de - aplicación del artículo 85 (por ejemplo la adquisición de una participación financiera mediante compra de acciones - en Bolsa)". En honor a elementales imperativos de corrección dialéctica se añade: "Por el contrario, según opinión de la mayoría (se entiende del grupo de profesores), el articulo 85 no es aplicable a las concentraciones porque éstas no afectan al comportamiento de las empresas sino que modifican su estructura interna y no tienen directa ni necesariamente por efecto una limitación de la competencia".



ahora bien, se puntualiza a renglón seguido que todos los miembros del grupo estaban de acuerdo en considerar "deseable una legislación cerrada (une législation close), es decir que trate del mismo modo los acuerdos y las concentraciones de iguales efectos económicos".

En cuanto a las posibilidades de utilizar el artículo 86, el grupo de especialistas dictaminó, según la Comisión, que las concentraciones pueden constituir en algunos casos explotación abusiva de posición dominante del Mercado Común o de parte sustancial del mismo, e incurrir así en prohibición. También aquí se irisa la tesis, pues los profesores puntualizaron que "las concentraciones tendientes a la adquisición o aplicación de una posición dominante no deben... ser consideradas per se como explotación abusiva en el sentido del artículo 86". En cambio, el juicio fue rotundamente afirmativo en el caso de que las operaciones pretendan directamente abusar de la posición dominante así obtenida o cuando resulten del abuso mismo del dominio que ya se posee. La Comisión añade a título de glosa que hay posición dominante cuando "una o varias empresas pueden influir de modo esencial sobre las medidas de otros agentes económicos por medio de una estrategia independiente, de tal modo que no quepa competencia practicable y suficientemente eficaz en el mercado". Notemos, de paso, la clara influencia de la terminología y pensamiento anglosajón, inequívocamente delatada por la expresión "competencia practicable", que no es sino la traducción de "workable competition", y que se define como la situación en que "las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción, responden de manera satisfactoria a la demanda e incluyen equitativamente a los usuarios de sus productos en los beneficios resultantes del pro-

greso técnico y económico". Además se dice que los profesores han propuesto, para facilitar la aplicación del referido artículo 86, la institución de un sistema de vigilancia que podría consistir, por ejemplo, en el registro obligatorio de ciertas operaciones.

Expuesta la "opinio doctorum", pasa la Comisión a interpretar por sí misma. Respecto al artículo 85 observa que "no distingue entre acuerdos y concentraciones" y que, por lo tanto, es posible en teoría incluir los casos de concentración basados en convenios entre empresas y restrictivos de la competencia, que son los dos requisitos o circunstancias especificados por los profesores. Pero apunta enseguida que la interpretación literal no es la única determinante y que hace falta, valorando la finalidad del artículo, examinar los criterios que se utilizan en él y las consecuencias jurídicas previstas, tarea a la que dedica los diez párrafos siguientes (núms. 6-15).

Por de pronto la Comisión comprueba con buen sentido que cuando determinados ordenamientos prohíben tanto los acuerdos como las integraciones, son distintas las disposiciones aplicables a unos y a otras, aparte de que en numerosos países se han dictado preceptos contra los primeros y no contra las segundas. La razón es que, según opinión común, los acuerdos lesionan el interés general a menos que se pruebe lo contrario en cada supuesto, mientras que las amalgamas sólo se prohíben excepcionalmente, cuando sobrepasan los límites tolerables del poderío económico. Por consiguiente, no conduce a resultados racionales el ejercicio de la misma prohibición sobre entrambas figuras. Así, la aplicación indiscriminada del artículo 85 haría que cayesen bajo el índice prohibitivo, bien un número irrisorio de acuerdos, bien un número excesivo de concentraciones.

A mayor abundamiento, apunta la Comisión como escollo principal que, de ser pertinente la aplicación a las integraciones, no serían adecuados los criterios del párrafo 3, relativo a prácticas exceptuables, ya que la apreciación positiva sobre el efecto previsible de un concierto "exceptuable"<sup>/que</sup>/es, por definición, un cálculo a priori, un pronunciamiento presuntivo, sería apenas hacedera. ¿Cómo estimar o apreciar las futuras incidencias de una concentración con la misma certidumbre que el comportamiento probable de un consorcio?

Una segunda dificultad advierte el Ejecutivo comunitario también con motivo del párrafo 3. Como se recordará, el precepto exige que para ser declarado exceptuable un concierto restrictivo, tienen sus autores que probar que la restricción es indispensable para alcanzar los objetivos propicios que, como compensación, se ofrecen a los consumidores o usuarios. Pues bien, como la ~~concentra~~ción equivale a eliminar in radice la competencia entre las firmas interesadas, las amalgamas sólo podrían ser autorizadas si se demostrara que las ventajas no se habrían podido alcanzar con limitaciones menores de la competencia, demostración sobrenanera difícil.

Hay, por fin, a juicio de la Comisión, un tercer motivo por el cual "no se presta el artículo 85, párrafo 3, a formular juicio sobre las concentraciones": como no se puede conceder dispensa alguna de la prohibición genérica del párrafo 1 más que si se prueba taxativamente la incidencia positiva del proyecto, toda exención se somete a revisión, al cabo de cierto tiempo, por las autoridades comunitarias para comprobar si las empresas han cumplido las condiciones impuestas; por otra parte, la Comisión puede revocar la autorización, incluso antes de expirar el plazo fijado, en el supuesto de que varíen

de modo esencial las circunstancias determinantes de la dispensa. Pero ¿Cómo aplicar estas reglas a una concentración? Por elementales imperativos de seguridad jurídica, la autorización o el veto tiene que pronunciarse con carácter definitivo y de una sola vez. De ahí, comenta la Comisión, que en el artículo 66 del Tratado de la CECA y en otros ordenamientos contra las fusiones se establezcan como criterios de licitud módulos estrictamente negativos, los cuales se reducen, por lo general, a cifrar el límite de tolerancia de la acumulación de poder económico; sólo si se traspasa la barrera es ilegal el acto fusionista. Además, la sanción de nulidad prevista por el párr. 2 del artíc. 85 configura una herramienta demasiado tosca para el tratamiento de las concentraciones declaradas ilícitas, en la medida en que semejante sanción implique la desaparición o disolución de las firmas encartadas, solución draconiana que en muchos casos supondría ir más allá de lo que la prudencia y la equidad aconsejan. El remedio apropiado, no previsto lamentablemente por el Tratado de Roma, sería el de la CECA, es decir un abanico de posibilidades interventoras, como las descritas por el repetido artículo 66 (párr. 5), y no necesariamente la nulidad in radice. Verdad es que en teoría podrían dictarse reglamentos apropiados, pero advirtiéndose que, como están en vigor para los conciertos unas normas específicas (Reglamento 17), habría que habilitar, por razones de técnica legislativa, una fórmula clara de deslinde conceptual, lo cual sería "difícilmente realizable", y aun así tampoco esos nuevos reglamentos conseguirían que operaciones con iguales efectos económicos se trataran con los mismos criterios. No cabría, en efecto, atacar las concentraciones realizadas por medios distintos de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 85, por ejemplo las adquisi-

siciones bursátiles de paquetes accionarios.

Resumiendo, se impone como realidad palpable la discriminación generalmente observada entre conciertos e integraciones: por lo tanto no cabe aplicar el artículo 85 a los acuerdos que versan sobre adquisición de la propiedad de empresas o partes de una empresa o la reorganización de esa propiedad (fusiones, participaciones, compras de activos). Sin embargo, la Comisión indica un matiz interesante, que es la posibilidad de examinar cuidadosamente, en el caso de que, consumada la operación, sigan existiendo empresas económicamente autónomas (por ejemplo, las matrices de una filial común), si se ha concertado o no, además, entre los protagonistas alguna práctica o acuerdo de tipo colusivo. Ni ve inconveniente en que sea aplicable el párrafo 1 "cuando el acuerdo no provoque una modificación irreversible de la propiedad, sino sólo una coordinación del comportamiento en el mercado de firmas que conserven su independencia económica". Provoca contrariedad que el estudio no brinde un solo ejemplo, pero o erramos o pretendemos adivinar una referencia velada a la comunidad de consejeros o directivos, hipótesis que guarnecen las dos notas de la situación descrita: no se modifica la estructura de la propiedad y al mismo tiempo se coordina y unifica la política de mercado.

La conclusión es, pues, predominantemente negativa, ¿Quid del artículo 86? Aquí la Comisión ha sido menos rigorista. Se empieza por afirmar que "contrariamente a lo que acontece con el artículo 85, poco importa... cuáles sean los medios utilizados para llegar a la situación sancionada con interdicción", puesto que el artíc. 86 alcanza a todas las operaciones que surtan el mismo efecto económico, sea cual fuere su forma jurídica, de tal suerte que, al revés de lo que ocurre con el artíc. 85, no hay -

"lagunas". Por lo demás, ni los criterios ni la técnica jurídica del artículo 86 acarrean obstáculos, por la sencilla razón de que no puede haber dispensa ni excepción en materia de abuso. Además, la aplicación del precepto ya no depende de apreciaciones positivas, sino simplemente de un criterio negativo, a saber la no existencia de "explotación abusiva de posición dominante". El interdicto sólo se aplicaría, opina la Comisión, quién sabe si para tranquilizar a los hombres de negocios, en "raras excepciones", y no habría tampoco necesidad de "un largo y costoso procedimiento de previa autorización a un gran número de concentraciones", como la hay, en cambio, en materia de conciertos (varios miles hasta ahora). De todos modos, nada impediría a las empresas deseosas de concentrarse, en caso de duda sobre la licitud de su intento, solicitar certificación negativa (attestation négative) a las autoridades de Bruselas.

En cuanto a las consecuencias legales de una fusión que el Ejecutivo comunitario juzgase abusiva, realmente están previstas por el citado Reglamento 17 (vide supra, a propósito del artíc. 85 del Tratado), cuyo artículo 3 autoriza a la Comisión a dirigir a las empresas interesadas una recomendación para que desistan de la práctica ilícita, incluso a obligarlas por auto decisorio a que cesen en su conducta ilegal.

Ahora bien, el mecanismo del artículo 86 supone: primero, que una o varias empresas ocupen posición en el Mercado Común o en parte sustancial de él; segundo, que el comportamiento prejuzgue consecuencias desfavorables al comercio entre los Estados miembros. Por lo que se refiere a las supuestas resonancias en el comercio entre los Estados miembros, la Comisión ya se ha pronunciado al

hablar del artículo 85, de tal modo que cualquier amalgama en que participe una empresa poseedora de influencia dominante en el Mercado Común o en un sector significativo de él tendrá trascendencia para los intercambios de los países miembros. En cuanto a la posición de dominio, adviértase que, al contrario del Tratado de París (artículo 66), el de Roma admite en principio la existencia y eventual constitución de este tipo de situación. Pero ¿qué criterios utilizar en cada caso concreto? Aquí se extiende la Comisión en generalidades muy parecidas a las que se exponían en cualquier estudio sobre la materia: no procede examinar únicamente el porcentaje del mercado abastecido por una firma, sino que importa, por encima de todo, considerar su "mayor o menor influencia en el mercado", para lo cual es necesario aquilatar varios factores: producción, distribución y poder financiero, así como la curva del mercado y la totalidad de las relaciones económicas; se presume que toda empresa capaz de desbancar, en cuanto se lo proponga, a sus rivales, es dominante, como también lo es cuando ejerza "liderato de precios" en un mercado oligopolístico; se reconoce la posibilidad de que también una empresa de país ajeno al Mercado Común (la Comisión piensa sobre todo en los Estados Unidos) disfrute nivel de dominio en la zona, y, por fin, se añade que "para las empresas situadas en el Mercado Común es la situación competitiva, consideradas las importaciones, el elemento de juicio de determinante".

Tocante al concepto de "explotación abusiva", se cifra en el "comportamiento ilícito (comportement fautif) respecto a los objetivos fijados por el Tratado " frente a los competidores en acto, a los rivales en potencia, a los proveedores y, por fin, a los usuarios del servicio o artículo de que se trate. Se apunta que la -

y que cabría añadir, verbigracia, la competencia de precios destinada a eliminar del mercado a un competidor ayuno de medios financieros para "soportar mucho tiempo ventas por debajo de su precio de coste", lo cual viene a constituir indirectamente una reivindicación y apología de la ley española de 20 de julio de 1963, única que, contra la opinión de muy significados especialistas(329), ha introducido como figura punible (artíc. 3º, apart. d) "la política comercial que tienda por competencia desleal a la eliminación de los competidores" (dejando aparte el concepto harto nebuloso de la "unfair competition" del artíc. 5º de la Ley Clayton). Pues bien, a juicio de la Comisión, si "por tal competencia de evicción o por otras prácticas una empresa utiliza su posición dominante para imponer una fusión a otra contra su voluntad o en condiciones desfavorables, esos procedimientos falsean el juego normal de la competencia, del mismo modo que una discriminación frente a contratantes... que también puede abocar a eliminar a una firma del mercado". Sin embargo, no se trata del único abuso posible, según el Ejecutivo, ya que el artículo 86, apart. b), menciona, como vimos, recursos perjudiciales a los consumidores (limitar la producción, las salidas o el desarrollo técnico) en tanto en cuanto modifican la estructura de la oferta. Precisamente la fusión de una empresa dominante con otra eliminaría el residuo de rivalidad que subsistiera en el mercado y crearía un verdadero monopolio, resultado que podría surtir los mismos "efectos nocivos" que una

(329) El profesor don JOAQUIN GARRIGUES, en su ya citado ciclo de conferencias sobre la Ley (recogido en Defensa de la Competencia, Madrid, 1964) dijo, en efecto: "He aquí un precepto que, excediendo el ámbito de las restricciones de la competencia, invade el terreno propio de otras leyes, las leyes sobre competencia desleal.... En suma, este apartado d) no es propio de la ley que nos ocupa" (pág. 27).



conducta limitativa como la especificada por el artículo 86, apart. b), matando los incentivos al desarrollo técnico o reduciendo la producción, con el alza consiguiente de precios.

De cuanto antecede deduce la Comisión una consecuencia tajante: "Resulta, en puridad,.... que una concentración de empresas traducida en la monopolización de un mercado deberá ser tratada, excepción hecha de circunstancias particulares (330), como explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86". Se sostiene que esta interpretación corresponde al sistema y a los objetivos del Tratado, "supuesto que los artículos 85 y 86 deben garantizar el funcionamiento del régimen de competencia que, según el Tratado, ha de instaurarse". No es, pues, admisible que ni un consorcio ni una empresa en postura de dominio eliminen la competencia creando una situación de monopolio. Sin embargo, no tardan en aparecer salvedades (párr. 27): "El límite que el artículo 86 impone a una empresa que domine el mercado en materia de concentración sólo podrá determinarse en cada caso individual en función de la situación del mercado". En términos generales, agrega el informe, "sólo cabe decir que cuanto más se acerque al monopolio una empresa en posición de dominio como consecuencia de la concentración con otras firmas, poniendo en entredicho la posibilidad de elección de los clientes, proveedores y consumidores finales, mayor es la probabilidad de que caiga en la zona del abuso". Se menciona a título de excepción el caso en que una firma modesta, aun ejerciendo competencia sustancial en el momento de ser absorbida por otra, esté abocada de todas formas en un plazo previsible a desaparecer (clara resonancia del concepto de (330) El texto hace una llamada que remite al párrafo 27, más adelante.

cia estadounidense).

c') Crítica de las conclusiones de la Comisión.— En líneas generales hay que suscribir la conclusión de que no es aplicable el artículo 85, si bien cabe impugnar dos argumentos, operantes aunque no decisivos: primero, que aun siendo cierto que "no es posible apreciar a priori la incidencia de una concentración con tanta certidumbre como la de un concierto...", eso no impide, como demuestra la jurisprudencia de los Estados Unidos y de la misma CECA, asentar estimaciones aproximativas sobre la repercusión probable de una amalgama; segundo, menos aceptable aun nos parece la observación de que tampoco es posible aplicar a las amalgamas la técnica del párrafo 3, o sea la de las prácticas exceptuables, so pretexto de que, como el párrafo 3 exige que los interesados prueben que los resultados positivos o favorables que se esperan no habrían podido lograrse por otros medios, en el caso de una concentración, acto que implica eliminación total de la competencia, sería punto menos que imposible demostrar que esas ventajas no se habrían podido alcanzar con restricciones de menor grado. Argumento simplista y en definitiva falso, pues no vemos la imposibilidad de probar que una integración es en un caso dado el único medio viable para conseguir determinada mejora. Es más, desde una perspectiva de lege ferenda, o sea, de reformas legislativas deseables, nos parecería sobremanera pertinente un régimen que supeditara la autorización o la licitud de una amalgama a que sus protagonistas consiguiesen demostrar su incapacidad para alcanzar los mismos resultados por otras fórmulas menos restrictivas de la competencia.

Entendemos, de todos modos, que la Comisión se

ha extendido demasiado en explicaciones técnicas y que bastaba simplemente decir (párr. 14) que el precepto de referencia no es aplicable a los acuerdos cuyo objeto sea la adquisición de la propiedad de empresas o partes de empresas o la reorganización del dominio de empresas.

Más delicado es el análisis de las observaciones al artíc. 86, aunque, por de pronto, no nos satisfaga la conclusión afirmativa, a pesar de innegables aciertos parciales. He aquí objeciones tal vez decisivas:

-a) priera y principal, que una fusión o cualquier otra clase de operación integradora no constituye, en el sentido riguroso del concepto, "explotación" alguna de una posición dominante, ni mucho menos "práctica abusiva". No es siquiera acto de "explotación", por la meridiana razón de que no se trata, propiamente hablando, de un acto normal de comercio, es decir de una operación de producción o distribución de mercancías ni de relación con clientes o proveedores; y tampoco es una "práctica" por los mismos motivos, además de que la palabra práctica implica en su acepción corriente reiteración, repetición más o menos habitual ("uso continuado" dice el Diccionario de la Real Academia Española), característica a todas luces inaplicable a una operación fusionista aislada. La verdad es que concentración constituye nada más y nada menos que un acto de empresa, más trascendente deslúe luego que los actos de comercio, y por eso mismo distinto, de tal suerte que no cabe someter a unos y otros a comunes criterios.

-b) segunda y corolario de la primera, que ni siquiera un ayuntamiento de signo monopolístico puede ser perseguido por concepto de práctica ni explotación abusiva de dominio del mercado, pues una cosa es el dominio en sí y otra el abuso concreto que se pueda hacer de él. Como di-

jo sobria y elocuentemente el entonces joven Ministro laborista HAROLD WILSON en la segunda lectura parlamentaria del proyecto de Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas (331), "el monopolio no es en sí bueno ni malo, pero tiene el poder de ser bueno o de ser malo". Por lo demás, la Comisión adolece por desaliño dialéctico, al reconocer que, "contrariamente a la reglamentación adoptada a partir del artículo 66 del Tratado de la CECA, el artículo 86 admite por principio la existencia y constitución de posiciones dominantes". Precisamente por eso es por lo que no hay que condenar como abusivo el simple hecho de un ayuntamiento, antes de que la empresa resultante o absorbente haya empezado a operar en el mercado. No olvidemos que lo tradicional en los estatutos continentales europeos, con la única excepción de la CECA, es la ausencia de todo pronunciamiento prohibitivo o condenatorio de las estructuras, la inexistencia de interdicción del monopolio, a diferencia de los Estados Unidos y que únicamente se persiguen conductas o comportamientos comerciales.

-c) tercera, que en la lista de ejemplos o categorías de prácticas abusivas del artículo 86 sólo se mencionan actos típicos, mejor dicho comportamientos caracterizados en el plano comercial de las relaciones entre empresa y cliente, y no se hace referencia alguna a operaciones de amalgama. Bien es verdad que la lista es enunciativa, no limitativa, pero la omisión de los "actos de estructura", permitasenos la expresión, no deja de ser sugerente.

-d) cuarta, la equiparación virtual a que aboca la Comisión entre una integración monopolística o preponderante

---

(331) Debates parlamentarios, Hansard, 1941-1948, Volumen 449, Col. 2.021, HMSO, Londres, 1964, Citado por NICHOLAS A.H. STACEY, Mergers in modern business, pág. 68. Londres, 1966, Hutchinson.

y el ejercicio de prácticas abusivas infringe flagrantemente principios jurídicos venerados desde Roma acá, a saber que las normas prohibitivas o limitadores han de interpretarse restrictivamente, al contrario que las permisivas o favorables (favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda), y que debe entenderse por autorizado lo que no esté expresamente prohibido.

-c) quinta, que la dificultad de inferior cuándo una concentración de carácter monopolística desemboca en una limitación perjudicial del desarrollo, de la producción, de las inversiones o del comercio es tan grande en cada caso que seguramente la aplicación del artículo suscitaría discriminaciones tan odiosas como arbitrarias, a menos, claro está, que se estableciese de abuso (procedimiento legal de manifiesta tosquedad) contra todo ayuntamiento de esas proporciones.

En resumen, todo el esfuerzo de la Comisión, no raso de habilidad en algunos alegatos, constituye ejemplo caracterizado de la defensa de una causa justa con argumentos especiosos. El problema radica, y esto no lo previeron, o más bien no quisieron ni mencionarlo los firmantes del Tratado, en que no basta vetar los conciertos y las prácticas abusivas del dominio en el mercado para garantizar la libertad e igualdad efectiva de la competencia, si al mismo tiempo se permite a las empresas latitud total para fundirse o conectarse por lazos de capital o de directivos comunes; es decir, se repite a escala comunitaria la misma experiencia que en la República Federal Alemana. Se prohibió la asociación, la confabulación, pero no se advirtió la necesidad de reglamentar la concentración, y ahora, ante la dificultad política de reformar la Carta de Roma por la oposición declarada de Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo a todo control previo de amalgamas, se acude al

rodeo jurídico, al subterfugio terminológico, moralmente comprensible, quizá políticamente conveniente, pero legalmente inadmisibles, de violentar el artículo 86 para introducir por el postigo falso lo que por la entrada principal no tiene acceso. Es el problema eterno, y en teoría insoluble, de las lagunas e imprevisiones del legislador, que se pretenden rellenar ampliando, y esto sí que es una "práctica abusiva", el sentido literal y normal de los términos, so color de que el autor de la Ley "minus dixit quam voluit". La interpretación es tanto menos defendible cuanto que los Estados signatarios fueron los mismos que seis años atrás refrendaron el de París, el cual sí prevía, como hemos expuesto, un régimen especial para los ayuntamientos. Si algún valor hermenéutico distingue en derecho a los precedentes inmediatos, éste es precisamente el caso.

De todos modos no cabe negar a la Comisión un mérito notable: haber avisado sobre un aspecto capital del Mercado Común, que hoy por hoy carece de régimen jurídico adecuado, llamando la atención, como hicieron los juristas de la Oficina Federal de Berlín, sobre la incongruencia de perseguir los conciertos y permitir las amalgamas colosalistas; haber planteado, en suma, como cuestión de lege ferenda la regulación de las operaciones fusionistas.

b) Jurisprudencia comunitaria en materia de amalgamas: el caso "Europe Emballage".-

El estudio data de 1966, es decir de más de un lustro. ¿Cuáles han sido sus frutos? Harto agraças: la realidad es que la Comisión no ha logrado aún cuajar una doctrina definida en materia de fusiones, excepto algunos pronunciamientos muy concretos y recientes, como el del citado caso Thyssen-Mannesman (vide supra, 2, A, d) y las observaciones, por cierto muy atinadas, del Memorandum sobre

Política Industrial acerca de la transformación de los mercados nacionales miembros en oligopolios estrictamente domésticos susceptibles de entorpecer la integración supranacional de los seis Estados miembros (vide supra, pág. 737, nota 323).

Sin embargo, es inexcusable citar el acuerdo o Resolución de 9 de diciembre de 1971 por la que, acerca de importantes compras accionarias por la holding Euroemballage, se declara la existencia de práctica abusiva de dominio con arreglo al artículo 86, confirmando así la tesis criticada por nosotros. La decisión puede, al menos en teoría, ser determinante en la evolución del derecho comunitario de la competencia, por lo cual pasamos a exponer con todo pormenor sus antecedentes y contenido, sin perjuicio de comentarla críticamente. Adelantemos que, por el minucioso análisis del mercado desenvuelto en los treinta y tres lagos considerandos y aun por la terminología económica utilizada, es patente la influencia de la jurisprudencia norteamericana, especialmente de la sentencia Brown Shoe.

El protagonista ha sido Continental Can Company, de Nueva York (en lo sucesivo, Continental), que, como se recordará fue ya perseguida por la jurisdicción de Washington en un pleito resonante (vide supra, Capít. V, 11, c; d'). Primer fabricante mundial de envases metálicos para conservas e importante productor de material para enbaldajes de papel, de plástico y de cartón, así como de la maquinaria para producir envases, con 208 fábricas y 200 puntos de venta en el mundo a fines de 1969 (una cuarta parte fuera de los Estados Unidos), y relacionada mediante sendos contratos de cesión de patentes y participaciones accionarias con la casi totalidad de las grandes empresas europeas del ramo, Continental adquirió en febrero de dicho año un paquete del diez por ciento del capital de la fuerte sociedad alemana Schmal-

Halbach-Lubeca-Werke, AG de Brunswick (en lo sucesivo SLW), primer fabricante, a su vez, de envases metálicos ligeros en Europa continental, con un largo historial de absorción de otros fabricantes germanos. El coloso americano fué incrementando su participación en los meses siguientes por compras sucesivas hasta alcanzar el 85,8%, mientras negociaba con la poderosa firma británica The Metal Box Company Ltd, de Londres) la formación en común de una sociedad europea de envasado, en forma de holding, a la cual los contratantes aportarían sus respectivas participaciones y propiedades en Europa. Se invitó asimismo a las demás grandes compañías continentales, todas conecionarias de patentes Continental, a que participaran en la futura filial conjunta, entre ellas a J.J.Carnaud, de París, que declinó la oferta, y a la holandesa Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. (en lo sucesivo, TDV), de Deventer, máxima productora de envases metálicos del Benelux, y titular, en unión de Continental y la propia Metal Box, de sustanciosos porcentajes accionarios de diversas sociedades del ramo, entre ellas la italiana Superbox SpA, de Florencia. En febrero de 1970, después de sendos acuerdos de la entidad estadounidense con Metal Box y con TDV, quedó constituida, con domicilio en Wilmington (EE.UU.), bajo la generosa legislación societaria del Estado de Delaware, una holding llamada Europemballage Corporation (abreviadamente Euroemballage), que debería hacerse cargo, por una parte, de los paquetes de Metal Box en la propia TDV, en la citada Superbox y en la sociedad propietaria de la gran fábrica inglesa White Cap, en Pools, y por otra, de la participación de Continental en SLW, y rescatar, además, las acciones de TDV que no fuesen propiedad de Metal Box ni de Carnaud, con lo cual se formaría un grupo perfectamente homogéneo bajo la hegemonía indiscutida de Continental.



En marzo de 1970 surgió el acontecimiento que iba a desencadenar la intervención del Ejecutivo comunitario: TDV hizo pública una oferta pública de compra de su capital por la holding recién nacida, así como las demás operaciones proyectadas, con lo cual Euroemballage tendría, a través de sus filiales y participadas, establecimientos en Alemania, Austria, Países Bajos, Bélgica, Antillas holandesas, Inglaterra e Italia, incluso en España y Portugal. Entonces decidió la Comisión intervenir, y lo hizo con rapidez y energía, comunicando a TDV, SLW, Continental, Metal Box y Euroemballage que sus planes eran incompatibles con el artículo 86 del Tratado de Roma. Metal Box se avino a la intimación, notificando que de momento "difería su adhesión, sin perjuicio de proseguir sus "conversaciones", mientras que Euroemballage reaccionó inmediatamente (8 de abril) comprando al contado un paquete de acciones y obligaciones de TDV que elevaba al 91,07% la participación total de Continental, teniendo en cuenta que ésta poseía el cien por cien del capital de la holding. Ante esta réplica la Comisión sólo tenía una posibilidad políticamente aceptable, por así decir: instruir contra Continental y su filial, y así lo acordó, un expediente de "abuso de posición dominante del mercado", conforme al procedimiento de oficio previsto en el Reglamento nº 17/1962, de 6 de febrero (artículo 3º, párr. 1), dictado precisamente para el desarrollo de los artículos 85 y 86 del Tratado (Boletín Oficial de la Comunidad de 21-2-1962).

Excusamos el relato de las incidencias procesales y pasamos a resumir la relación de hechos de la resolución final, tan abundante, por cierto, como parvas, en cambio, la fundamentación jurídica que le sucede.

En primer lugar hacían los considerandos (según la terminología francesa) una breve historia de las

relaciones entre los protagonistas, historia de la que tras-  
lucían lazos de toda clase entre las principales firmas -  
mundiales de envasado metálico, siempre con predominio de  
Continental. Se mostraba de modo palmario la existencia  
de participaciones accionarias entre ellas y de contratos  
de cesión de patentes, la celebración periódica de "confe-  
rencias técnicas" desde 1949 por todos los concesionarios  
europeos de Continental y, por fin, el montaje desde 1956  
de un "sistema de intercambio de información" técnica en-  
tre ellos. Se recordaba, además, que en 1962 se había cons-  
tituido entre algunas de las sociedades encartadas una en-  
tidad común, como domicilio en París y precisamente el nom-  
bre de Europemballage S.A., entidad que tenía como objeti-  
vo el intercambio de toda clase de datos comerciales, pero  
que en realidad dió lugar a una política concertada de re-  
parto de mercados, y que ya no funcionaba desde fines de  
1969, al haber anunciado la Comisión de las Comunidades su  
intención de investigar sus actividades.

En segundo término, se analizaba la espe-  
cialidad y posición de las encausadas en el mercado euro-  
peo, más concretamente en el área de los Seis, punto cuyo  
pormenor no interesa aquí, y a continuación se abordaba la  
cuestión crucial, a saber, si Continental, accionista úni-  
co de Europemballage y socio abrumadoramente mayoritario  
de SLW, tenía o no situación de dominio en el Mercado Co-  
mún o en "una parte sustancial" de éste. Es sugestivo re-  
producir la definición de posición dominante que previa-  
mente bosquejaba la Comisión, inspirándose posiblemente  
en la legislación y doctrina alemana: "Considerando que  
unas empresas se hallan en posición dominante cuando tie-  
nen una posibilidad de comportamiento independiente que  
las coloca en situación de acutar sin tener mayormente en  
cuenta a competidores, compradores o proveedores; que és-

tes es el caso cuando, en virtud de su proporción de mercado (leur part de marché), de su proporción del mercado (sic) - en relación, sobre todo, a la posesión de conocimientos técnicos, de materias primas o de capitales, tienen la posibilidad de determinar los precios o de controlar la producción o la distribución de una parte significativa de los productos en cuestión; que esta posibilidad no debe necesariamente derivarse de un dominio absoluto que permita a las empresas que lo tengan eliminar toda voluntad en las demás partes económicas relacionadas con ellas, sino que basta que sea bastante fuerte en su conjunto para asegurar a esas empresas una independencia global de comportamiento, incluso si existen diferencias de intensidad en su influencia sobre los diferentes mercados parciales". A continuación se demostraba de modo brillante, abrumador, irrefutable, el dominio de Continental en el mercado alemán de "envases ligeros para conservas cárnicas y de pescado y de tapones metálicos para frascos de vidrio" como consecuencia una serie de factores técnicos que no hay por qué enumerar aquí (II, b, aparts. 7 al 20) en su totalidad, si bien nos interesa retener las consideraciones relativas, por una parte, a posibilidad de competencia sustitutiva y, por otra, a rivalidad potencial de otros oferentes. En cuanto a lo primero, eran muy limitadas las probabilidades de sustitución entre los envases metálicos ligeros (rígidos, irrompibles, impermeables a los gases, herméticamente cerrados e impenetrables por la luz) y los demás tipos, aparte de que difería la maquinaria precisa para fabricar unos y otros, y de que, en el supuesto de que la sustitución fuera técnicamente posible, las inversiones necesarias serían considerables; en lo segundo, era muy remota la hipótesis de que algún día los grandes compradores, o sea las firmas conserveras, se decidiesen a fabricar ellas mismas los envases, por

el volumen de las inversiones requeridas, y, por lo demás, no era previsible que "la competencia de los principales fabricantes situados en los países limítrofes de Alemania en el mercado alemán de latas de conserva y de tapaderas metálicas", competencia que flaqueaba desde hacía bastantes años, fuese a desarrollarse "fuertemente" en un futuro "próximo",

Acto seguido (II, C, aparts. 22 al 33) la Comisión afirmaba que la compra de una "participación mayoritaria en una empresa competidora por una empresa o un grupo de empresas poseedoras de una posición dominante puede, en ciertas circunstancias, constituir una explotación abusiva de esa posición", afirmación realmente medular de la sentencia, y que, además, - "constituye un comportamiento incompatible con el artículo 86 del Tratado de Roma el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esa situación por vía de concentración con otra empresa, con la consecuencia de que la competencia que habría subsistido - efectiva o potencialmente a pesar de la existencia de la posición de dominio inicial queda prácticamente eliminada para los productos en cuestión en una parte sustancial del mercado común". Se apelaba, pues, al argumento de la "potential competition". Precisamente la adquisición por Continental de la casa holandesa TDV, competidora suya y titular asimismo de una situación "fuerte" en un "mercado vecino del... alemán.... acarreaba una modificación irreversible de la estructura de la oferta en una parte sustantiva del mercado común", ya que en la mayor parte de los envases metálicos que una y otra fabricaban, entrambas firmas tenían "la posibilidad de hacerse mutua competencia". Efectivamente, la Comisión retenía que los "umbrales" de rentabilidad económica para el transporte de envases vacíos por camión o por tren y su entrega a los usuarios se situaban entre

ciento cincuenta y trescientos kilómetros para los relativamente voluminosos (de un kilo o más de capacidad) y entre quinientos y mil kilómetros para los más pequeños. Por consiguiente, cabía considerar que "SLW y TDV, antes de reagruparse en Europemballage, eran empresas potencialmente competidoras en una vasta zona de acción común situada a los dos lados de las fronteras de Alemania y el Benelux;" y que esta zona engloba aproximadamente la casi totalidad del territorio formado por los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, a un lado, el Norte y el Centro de la República Federal de Alemania a otro", territorio que representaba "parte sustantiva" del Mercado Común. Esto significaba que la compra por Continental de un paquete mayoritario en TDV había surtido el efecto de "suprimir la competencia" entre TDV y SLW en el área indicada, y si la Comisión reconocía que ya antes de la amalgama la competencia entre ellas "estaba... restringida - por los acuerdos y prácticas concertadas... expuestas...", hacía inmediatamente la salvedad de que "esos acuerdos, aun habiendo sido origen de una estructura de oferta artificialmente modificada, no daban a ésta un carácter irreversible," y que, en cambio, la compra accionaria había hecho imposible "el regreso a una situación competitiva".

En conclusión, el Ejecutivo ha dictaminado que, estando prohibido todo abuso de posición dominante, conforme al artículo primero del Reglamento nº 17, sin necesidad de resolución previa sobre el particular, procede obligar a Continental, según el artíc. 3º del mismo Reglamento, a que ponga fin a la infracción, aunque, "dada la naturaleza de las medidas que tiene ella que tomar a estos efectos, conviene concederle un plazo suficiente tanto para presentar propuestas a la Comisión como para aplicar esas medidas". Se condena, en consecuencia, a Continental Can Company, Inc. a "poner fin a la infracción del artículo 86 del Tratado que

presentar propuestas a la Comisión antes del primero de - julio de 1972". No se precisa en absoluto en qué consistirán esas propuestas ni qué tipo de medidas deberá tomar la encausada.

La resolución ha suscitado gran expectación en los medios económicos de la Europa comunitaria, que - creen ver en ella, con bastante razón, una decisión más - política que jurídica inspirada en el propósito de poner coto a la penetración de las grandes "corporaciones" de - Estados Unidos en el Viejo Continente. Ahora bien, es el aspecto jurídico el que preferimos tratar aquí. En primer término, se ha señalado (332) que la Comisión ha ido bastante más allá de la doctrina elaborada por ella misma en su memorandum de 1966 sobre la concentración, memorandum que, como se recordará (vide supra, pág. 766 y nota 330), considera aplicable el artíc. 86 en la medida en que la amalgama sea susceptible de abocar a una "monopolización" del mercado. En el caso de autos no hay situación monopolística propiamente dicha, sino simplemente preponderancia; he ahí por qué la decisión del Ejecutivo comunitario ha sido acogida, al parecer, con reservas en el propio - Comité Consultivo sobre Conciertos (Comité Consultatif des Ententes), consultado previamente con arreglo al artículo décimo del Reglamento 17. Desgraciadamente, los - dictámenes del Comité son secretos, pero el hecho de que el preámbulo de la Comisión diga "oído el Comité" y no "de acuerdo con el Comité" (como hace la Administración española con los dictámenes del Consejo de Estado), parece indicar que el Comité no era propicio a la extensión del artículo 86 a las concentraciones. Por otra parte, es notorio

---

(332) Ver Boletín "EUROPE", Bruselas, núm. del 10-XII-1971 pág. 6.

que Francia era totalmente opuesta, seguramente porque el Gobierno fomenta por sistema las amalgamas en sus industrias básicas, y que los Países Bajos y Alemania se habían opuesto matizadamente, arguyendo que el caso escogido no era quizá el más apropiado.

En segundo término, nos ratificamos en lo que decíamos a propósito del memorandum comunitario: la Comisión sigue sin explicar cómo, en qué forma ni por qué una adquisición, aunque sea en una serie o cadena de compras societarias y no una operación aislada, constituye en sí misma "práctica abusiva". La realidad es que el Ejecutivo de Bruselas se hallaba lógicamente predispuesto en contra de Continental por los antecedentes sencillamente abrumadores de sus filiales y concesionarias en punto a manipulación concertada del mercado europeo. Cabe, pues, preguntarse si la Comisión habría fallado del mismo modo de no haber tenido Continental participación en todos los colosos de donde el Atlántico y de haberse comportado éstos con independencia, y aunque se nos respondiera que sí, nos quedaría la sospecha de un "ajuste de cuentas" político a un gigante norteamericano. Item más: todo abuso supone una víctima, o sea alguien que sufra en sus intereses o en sus derechos como consecuencia del acto o comportamiento presuntamente abusivo. Pues bien, la Comisión no ha abordado siquiera el tema, no ha dicho ni una línea de los daños que la fusión incriminada haya podido causar a empresas compradoras, proveedoras o rivales de Continental, SLW, TDV, etc. seguramente por la sencilla razón de que no se ha perjudicado a nadie, ni se han impuesto a los clientes condiciones exorbitantes ni se han usado males artes para impedir el acceso de nuevos competidores o expulsar a los existentes. En resumen, el abuso consiste, según la Comisión, en el negro peligro de que el ayuntamiento restrinja, por sus propor-

ciones, la tensión futura del mercado. Pero ¿de cuándo acá, en buena lógica jurídica y aun en lógica elemental, puede una simple hipótesis, una presunción, constituir "abuso" de algo? Como ha dicho algún comentarista, los "eurócratas" - de Bruselas han abocado a la "teoría del control anticipado de abusos", actitud de plano inadmisibile. Parece como - si también para el Ejecutivo de Bruselas la magnitud fuese maldad, como decía MARKHAM a propósito del Supremo de los Estados Unidos.

No debemos, sin desconocer que, a pesar de su manifiesta extralimitación del Tratado de Roma, indicadora, a nuestro juicio, de una verdadera desviación de poder, la sentencia comentada contiene elementos valiosos para una posible introducción del control de fusiones en la Antes Europa de los Seis, y a partir del pasado 22 de enero de 1972, Europa de los Diez (gracias al ingreso del Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda, Noruega y Dinamarca) por el acierto de sus criterios económicos sobre el análisis ponderado de las ventajas (prácticamente ninguna) y de los peligros de la operación desde el punto de vista de una economía de competencia. En esto reside lo positivo: en dejar bien sentado que no hay razón para que unos cuantos oligopolistas en buena situación financiera, con magníficas perspectivas de expansión y sin rivales de envergadura, súbitamente se agrupen, poniendo en entredicho la garantía de una tensión normal de rivalidad, sin que exista en contrapartida motivo especial de orden técnico, por ejemplo un programa ambicioso de investigación.

De todos modos, la sentencia no es aún definitiva, ya que ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades; en cierto modo, cabe desear que suceda así, pues en este caso tendría el Tribunal que dar un pronunciamiento sobre el alcance del artículo 86. De todas



formas continentales, temerosos de que empeoren sus relaciones con el Ejecutivo, ordenará probablemente a Euroemballage la venta de las acciones de TDV adquiridas en 1970 (conservando, sin embargo, el 10,4% que ya poseía antes), eventualidad tanto más plausible cuanto que la Comisión está considerando, esta vez con toda la razón, la conveniencia de abrir nuevo expediente, en el marco del artículo 85 y no del 86, sobre los contratos de patentes y asistencia técnica entre el coloso americano y sus licenciitarios europeos como presuntamente restrictivos de la competencia.

c) La concentración empresarial en el Mercado Común.

Resumanos el proceso de integración experimentado por los seis países miembros en casi quince años de vigencia del Tratado de Roma (desde el 1º de enero de 1958). Ante todo se adelanta una observación en cierta medida desconcertante, casi sarcástica, como contraste a la retórica europeísta que derrochan Gobiernos, partidos, instituciones y medios de expresión de las naciones partícipes, y es que, según comprobaremos enseguida, han sido exiguas las amalgamas intracomunitarias, mientras que es importante y aumentativo el proceso de absorción de empresas de todos esos países por las "corporations" norteamericanas, según demuestran no menos las estadísticas de la propia Comunidad y de los Estados miembros que algunas obras concebidas a título de divulgación o como análisis estructural (333). En una palabra, hasta ahora el Mercado Común ha servido, bajo el pabellón de la caducidad gradual de aranceles y contingentes entre sus socios (por lo menos en los productos industriales), no tanto para la formación de auténticas socieda-

(333) Cfr. en particular el best-seller de J.J. SERVAN-SCHREIBER, El desafío americano, para las del primer tipo, y La Europa de los negocios, de JEAN MEYNAUD y DUSAN SIDJANSKI, Barcelona, 1968, Instituto de Ciencias Sociales, para las del segundo.

des europeas, como para estimular, si cabe, la deglución de compañías de acá por algunos de los grupos o complejos asentados entre el Atlántico y el Pacífico, y no deja de reincidir en lo humorístico que sólo el temor a persecuciones antitrust del Departamento de Justicia de Washington, ayuno de escrúpulos legalistas en materia de extraterritorialidad, refrene y contenga un tanto a las multimillonarias organizaciones de Nueva York, Delaware, Pennsylvania o California.

Nada mejor que reproducir una concienzuda estadística sobre la evolución de la estructura industrial en la Comunidad Económica Europea, que, encargada por la Comisión a la sociedad de estudios "Opera Mundi Europe", aparece resumida en el documentado Memorandum de la Comisión sobre Política Industrial en marzo de 1970 - (334). He aquí las cifras de fusiones, ordenadas cronológicamente en cuatro columnas que, por estrechez de espacio, denominaremos A, B, C y D y que representan, respectivamente, fusiones entre firmas de un solo Estado miembro, ayuntamientos entre empresas de distintos países miembros, absorciones o compras mayoritarias de empresas de países terceros por alguna del Mercado Común y, por último, el supuesto inverso, o sea absorción o compra mayoritaria de firmas del Mercado Común por alguna de país ajeno:

Fusiones y participaciones dominantes 1961-1969

<u>Año</u>	<u>A</u>	<u>B</u>	<u>C</u>	<u>D</u>	<u>Total anual</u>
1961.....	131.....	19.....	26.....	102.....	288.
1962.....	162.....	11.....	21.....	85.....	279.
1963.....	157.....	28.....	9.....	82.....	276.
1964.....	172.....	34.....	18.....	110.....	334.
1965.....	228.....	17.....	20.....	70.....	335.
1966.....	221.....	31.....	20.....	93.....	365.
1967.....	253.....	32.....	36.....	115.....	436.
1968.....	272.....	35.....	29.....	106.....	442.
1969.....	265.....	50.....	36.....	57.....	408.
<u>TOTALES</u>	<u>1861.....</u>	<u>257.....</u>	<u>215.....</u>	<u>820.....</u>	<u>3163.</u>

(334) Reproducido también por RAISCH-SOLTER-KARTTE, op.cit. págs. 195-199.

Antes de examinar las precedentes cifras, apuntemos a título de comparación que durante los ocho años - 1961-1968 y el primer semestre de 1969 se registraron, además, según Opera Mundi, 2.300 fundaciones de filiales entre Estados miembros, 3.546 fundaciones por empresas extracomunitarias de filiales en territorio de la Comunidad y 1.158 constituciones de filiales fuera de la Comunidad por firmas de países miembros, o sea 7.004 en total, y que, en punto a participaciones minoritarias o recíprocas desprovistas de signo dominante, se consumaron 1.352 entre empresas de un mismo país, 1.001 entre empresas de dos o más Estados miembros y 2.797 entre firmas de un país miembro y empresas de países exteriores, lo cual suma 5.150. Contabilizando la suma anual de las tres clases de operaciones: filiales, participaciones minoritarias y fusiones, más participaciones dominantes), llegaba el estudio a estos resultados:

1961.....	1.507	1966.....	1.912
1962.....	1.533	1967.....	2.018
1963.....	1.257	1968.....	2.096
1964.....	1.812	1969.....	1.358
1965.....	1.814	(primer semestre)	

Primera observación de orden general, dejando aparte la caída de 1963: el número global de operaciones ha aumentado de una media de mil quinientas a una media algo superior a dos mil. La segunda materializa el tipo o supuesto más generalizado en el de las fundaciones de filiales, ya que su cifra conjunta (7.004) es muy superior a la de la institución de filiales (5.150) y a la de fusiones y participaciones de "dominio" (3.463). La tercera observación se deduce implícitamente de las anteriores: son bastantes más las simples adquisiciones de paquetes minoritarios y los cruces de participación que las concentraciones consumadas, si bien esto es normal en cualquier país.

La cuarta observación, situada estrictamente en las operaciones fusionistas, es mucho más reveladora: en todos los años de la serie el número de casos de la columna B, es decir de las amalgamas propiamente comunitarias, ha sido muy inferior no sólo al de las amalgamas domésticas en los países partícipes, lo cual es natural, sino también al de las fusiones representadas por empresas extracomunitarias y más concretamente aquéllas en que la firma absorbente o dominante es la que no pertenece a ninguno de los Estados de la Comunidad, lo cual es sumamente grave para la pequeña Europa (hoy ya no tan pequeña): a los trece años de vigencia del Tratado de Roma resulta que las firmas de los Seis se ayuntan mucho más con extraños que con sus colegas de la Comunidad, fenómeno confesado paladinamente por el Informe. Bien es verdad que el foso entre las columnas B y D se ha reducido notablemente de 1961 a 1969, hasta el punto de que las cifras para el primer semestre de 1969, (50 y 57 respectivamente) son casi iguales, mas no cabe, por ahora, extraer conclusiones definitivas. Lo único que de momento está probado es que el ambicioso ensayo de supranacionalidad continental dista de haber conseguido derribar las fronteras nacionales seculares y que el Rin y los Alpes no dejan de ser barreras económicas amén de políticas.

En cuanto a distribución sectorial, donde más operaciones se han registrado es en maquinaria, química, electrónica, metalurgia y alimentación. En cambio en la siderurgia, salvo excepciones (concentración germano-holandesa), ha sido nula la actividad intra-comunitaria, quizá porque las amalgamas de ámbito nacional no le dejan apenas margen.

d) Conclusiones.

Primera.- El Tratado de Roma no prevé régimen jurídico alguno para las amalgamas, ni siquiera el registro público.

Segunda.- Sin embargo, la Comisión del Mercado Común (hoy Comisión de las Comunidades Europeas) ha llegado, después de un análisis jurídico tan ingenioso como discutible, a la conclusión de que en ciertas circunstancias, concretamente en el supuesto de una concentración monopolística o de una fusión de envergadura dominante lograda mediante prácticas de competencia ilícita para desbancar a determinados competidores, es aplicable el artículo 86 del Tratado, a título de "explotación abusiva de una posición de dominio del mercado".

Tercera.- Hasta ahora sólo una resolución se ha dictado en aplicación del artículo 86, concretamente a propósito de la compra por la norteamericana Continental Can Co., que ya dominaba a la primera firma alemana del ramo de envases para conservas, de una participación mayoritaria en la también poderosa firma holandesa TDV, con lo que la primera adquiriría el dominio del mercado constituido por el territorio del Benelux y todo el Norte de Alemania, si bien la sentencia de la Comisión ha obedecido más a factores políticos que a consideraciones verdaderamente jurídicas. Lo determinante ha sido el temor del Ejecutivo comunitario al caballo de Troya del capital estadounidense.

Cuarta.- Es falso el razonamiento del estudio de la Comisión así como la resolución del caso Continental: una fusión no puede, por su naturaleza misma, constituir acto de explotación, ni buena ni mala, ni lícita ni abusiva, de una tesitura del mercado, por la sencilla razón de que no se trata siquiera de una operación comercial, de un acto de comercio, sino únicamente de un hecho extraordinario que sólo afecta a la estructura y, eventualmente, a la identidad de

la empresa. Podrá ciertamente repercutir en el grado de competencia, pero la repercusión vendrá luego, materializada en el comportamiento comercial de las firmas concentradas frente a sus clientes, a sus proveedores o a los competidores, y sólo en el supuesto de que ese comportamiento difiera del que se considere normal en un clima de competencia efectiva. Lo que es conceptualmente y moralmente ( y no digamos jurídicamente) "abusivo" es prejuzgar el abuso de dominio del mercado.

Quinta.- Ahora bien, el Ejecutivo de Bruselas puede invocar una atenuante muy cualificada, a saber, la necesidad imperiosa de disponer de algún instrumento jurídico (ya que no los tiene de carácter político) para rellenar una laguna manifiesta (a nuestro juicio deliberada) del Tratado, a saber, la ausencia de normas preventivas de la concentración empresarial, aspecto que en 1957 no presentaba evidentemente los mismos problemas que hoy.

Sexta.- Por lo demás, y sirva de ejemplo a los europeístas noveleros e ingenuos ansiosos de imponer su moda en la intelligentsia española, la inexistencia de control no ha servido en modo alguno de acicate para que la el proceso de integración industrial europeo, sueño dorado de los eurócratas, hiciera mayores progresos; sólo ha valido, en realidad, para la absorción o compra en masa de empresas francesas, italianas, alemanas, belgas y holandesas por las colosales "corporations" norteamericanas.

Séptima.- Objetivamente hablando, la política de la Comunidad (hasta el punto en que la hay) es más bien de signo concentrador, en virtud de criterios políticos de estrategia comercial frente a Estados Unidos y Japón, por lo que no cabe prever en un futuro próximo el establecimiento de sistema alguno de control de ayuntamientos, al que, por otra parte, se oponen Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo especialmente.



LA CONCENTRACION EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA

1.- El sistema registral de la Ley de 20 de julio de 1963.

En el primer tercio de la década 1960-1970, España se incorpora al grupo, hoy netamente mayoritario, de Estados occidentales provistos de una reglamentación orgánica de la competencia, o sea, de un derecho antitrust, cuya gestación legislativa se analiza enseguida.

a) Antecedentes políticos y económicos.

Lo mismo que en cualquier otro país, rigió aquí durante el siglo XIX el principio axiomático de la libertad de industria, comercio y contratación, y el capitalismo nacional se desarrolló, si bien tardía y precariamente, - bajo el signo del liberalismo económico, aunque con protección arancelaria bastante superior, desde fines de la centuria, a los niveles usuales, y así nuestra economía de mercado funcionó décadas y décadas, como las demás del Viejo Continente, sin ordenamiento especial de orden público.

La guerra civil y, a raíz de ella, la perdurable escasez y carestía provocada por el estallido de la Segunda Guerra Mundial, indujeron a España desde 1939 a emprender una política dirigista y autoritaria de reconstrucción e industrialización más cercana al modelo de la planificación que al del mercado libre, montada en precios oficiales, cupos de producción, preferencias de suministro de materias primas o materiales de construcción, licencia previa para la apertura, traslado, ampliación o desmontaje de la mínima fábrica, rígida contingentación del comercio exterior (motivada también por la penuria crónica de divisas), etc. Durante dos decenios, concretamente hasta el Plan de Estabilización (1959), obra del joven equipo ministerial nombrado en marzo de 1957, cabe



decir que el mercado sólo desempeñó papel de mecanismo paralelo que, al establecer, por el juego implacable y automático de la oferta y la demanda, precios muy distintos de los de tasa, sirve a los departamentos rectores de la economía como orientación y contraste, aunque ellos no lo confiesen ni lo puedan confesar, indicando por dónde van las tendencias espontáneas del sistema y reflejando, acentuando, como los espejos curvos, las deformaciones artificiosas del régimen de intervención.

Con la gran reorganización gubernamental de signo "tecnocrático" en febrero de 1957 (dicho sea sin intención alguna de crítica), la política económica empezó a virar hacia el relajamiento de los controles autoritarios y la liberalización de los procesos productivos y comerciales. Ahora bien, el corolario forzoso, aunque no el más evidente, de este repliegue del Estado era el montaje de un sistema de estímulos a la iniciativa privada para que los empresarios reformaran la estructura de sus instalaciones, único aspecto en el que dieciocho años de dirigismo se habían inhibido. En efecto, mientras precios y cupos, así como el volumen de las importaciones, estuviesen rígidamente impuestos por la autoridad, el problema de la dimensión técnica de las empresas no acuciaba, pero una vez que se iba a la libertad contractual de las firmas, el raquitismo de la mayoría de ellas se planteaba como la tara más grave de nuestro nascente desarrollo industrial, y como no era posible, en virtud de los principios liberales del nuevo rumbo, obligar a las empresas a concentrarse, no quedaba más remedio que ofrecerles incentivos fiscales. Así se dictó (vide Capítulo IV) el artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, promesa de una serie de bonificaciones a las fusiones empresariales, a condición de que no abocaran al monopolio, si bien se estipulaba, como contrapartida -

obligada, la posibilidad de que el Ministerio de Hacienda impusiera un gravamen complementario del quince por ciento sobre la cuota normal del nuevo Impuesto de Sociedades a las compañías que, gracias a su posición monopolística, realizaran beneficios más altos que los normales en un mercado de competencia libre. Así, pues, nos hallamos ante la paradoja evidente, si no de fondo, pues era consecuencia ineludible de lo expuesto, de que, al suavizarse la política de intervención se emprendiera una política de estructuras. A cambio de la renuncia a regular la vida cotidiana, había que

moldear el vaso vital. No era deseable que el Poder Público se entrometiera en los actos y contratos de las empresas, pero eso mismo le obligaba moral y políticamente a orientar o conducir, así como a limitar, a moderar, las formas generales del proceso económico.

El Plan de Estabilización instrumentado por los trascendentales Decretos-Leyes de Ordenación Económica de julio de 1959 eliminó la mayor parte del mecanismo centralista e hizo posible el ingreso de España en la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), con el compromiso correspondiente de progresiva liberalización de su comercio exterior. Caducaba el régimen de fijación oficial de precios y cupos, y se devolvía al mercado su cometido de árbitro invisible, colectivo, mecánico e impersonal. Ahora bien, al cabo de dos décadas de economía intervenida, que inculcaban, cuando no impusieron coactivamente, prácticas y hábitos de concierto y asociación en los medios empresariales, relajando el instinto de competencia y emulación individual, paso tan brusco y audaz suponía un salto en el vacío, si no lo compensaba una nueva regulación sustituta de la derogada; más aun, España se arriesgaba a salir de los precios impuestos por la Administración para incurrir en el abuso de los precios impuestos por colusión de las firmas, a eliminar una

la cartelización privada de los grupos dominantes. De ahí que ya el Decreto-Ley de 21 de julio de 1959 confiriese al Gobierno (artíc. 3º) la tarea de proponer a las Cortes o de dictar, en caso de urgencia, las disposiciones oportunas "para prevenir y combatir las prácticas monopolísticas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía". Sin embargo, hubo que esperar al Decreto de la Presidencia del Gobierno 3.060/1962, de 23 de noviembre, sobre directrices y medidas preliminares al primer Plan de Desarrollo Económico-Social, en que el Poder Ejecutivo se imponía la obligación de remitir al órgano legislador en el plazo más breve posible un proyecto de ley sobre proscripción de las prácticas ilícitamente restrictivas de la competencia mercantil.

b) El proyecto gubernamental: elaboración y contenido.

Durante el invierno de 1962, el Ministerio de Comercio preparó febrilmente un anteproyecto basado en un borrador concebido años atrás por la Secretaría General Técnica del Departamento y revisado, en atención a las observaciones formuladas por un grupo de expertos del Comité de Prácticas Restrictivas de la antigua OECE (transformada, por el ingreso de Estados Unidos, Canadá y Japón, en Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, abreviadamente OCDE), durante un seminario organizado ad hoc por el Cuerpo de Técnicos Comerciales del Estado en Alcalá de Henares (julio de 1962). Nostálgico, quizá, de la tela de Penélope, el Ministerio hizo y deshizo, uno tras otro, 1110 borradores! al final de los cuales el titular del Departamento Sr. ULLASTRES presentó al Consejo de Ministros un texto definitivo que, con el título de "Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia" (expresión tomada de la legislación británica), ingresó inmediatamente en la Cámara Legislativa (Boletín Ofi-

cial de las Cortes Españolas, en lo sucesivo BOCE, de 18 de abril de 1963).

Como no se trata de un objetivo propio del presente estudio, indiquemos sólo de la economía general del proyecto que la definición jurídica de las prácticas ilícitas y contrarias al "orden público económico" se basa casi literalmente (artículos 1º, 2º y 3º) en el Tratado de Roma (artícs. 85 y 86), el cual condensa, a su vez, la filosofía de la Ley alemana de 1957, y que lo procesal se inspira en el sistema inglés, apoyándose en dos escalones: un Tribunal de Defensa de la Competencia como jurisdicción especial independiente que resuelve en única instancia, y un Servicio de Defensa de la Competencia como órgano administrativo integrado en el Ministerio de Comercio, correlativos respectivamente a la Court of Restrictive Trade Practices y al Office of the Registrar. Parodiando la terminología del Derecho Político, la parte dogmática del ordenamiento español es europeísta, y más bien británica la parte orgánica. Pero interesa más conocer la referencia del proyecto a la concentración empresarial. Anticipándose a probables reparos y objeciones, el preámbulo decía (Sección I, apartado 3, tercer párrafo): "No se atenta contra la concentración económica, deseable por tantos conceptos en España, donde más del 90% de las empresa cuentan con cinco o menos empleados, debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas". Acto seguido, recordaba que éste había sido el propósito de la Ley de Reformas Tributarias de 26 de diciembre de 1957, y añadía: "La Ley respeta plenamente el anterior precepto (o sea, el artíc. 135), y si obliga a la inscripción de los actos de fusión de empresas, en determinadas circunstancias, lo hace solamente al objeto

de contar con los medios de información necesarios para evitar que, como consecuencia de tales fusiones, se produzcan abusos de situación de dominio...". Efectivamente, la parte dispositiva dedicaba los párrafos 5, 6 y 7 del artículo VIII a la concentración stricto sensu, o sea, a las amalgamas de capitales o activos societarios, con el texto siguiente:

"Artículo VIII.- Registro de Prácticas Comerciales Restrictivas.

1.- El Registro... constará de dos secciones:

-a) Registro provisional, que será secreto.

-b) Registro definitivo, que será público.

5.- Deberán inscribirse en el Registro definitivo, en el plazo de un mes a partir de su conclusión, todos los acuerdos de concentración de empresas, siempre que, como consecuencia de ellos, las empresas partícipes pasen a controlar el 30 por 100 o más del mercado nacional en un determinado producto o servicio, o cuando una de las empresas partícipes en la concentración controlara desde antes dicho porcentaje del mercado".

"A los efectos del párrafo anterior, se consideran concentraciones de empresas:

-a) Las fusiones de empresas.

-b) Las adquisiciones de fábricas y talleres y otros activos pertenecientes a otras empresas.

-c) Los contratos de cesión de explotación y los contratos de dirección de explotación que se refieran a fábricas, talleres y otras instalaciones industriales o comerciales pertenecientes a otras empresas.

-d) La adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones, por sí solas o sumadas a otras ya detenidas por la misma empresa o por otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración.

ción, permitan alcanzar el 25 por 100 del capital con derecho a voto".

"6.- Están sujetos a la obligación de inscripción las empresas y los consorcios, agrupaciones, juntas o asociaciones de empresas que participen en el acuerdo o decisión. El cumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro por parte de uno de los obligados no exime a los demás".

"7.- La inobservancia de las disposiciones del presente artículo será sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con multa reiterada de 10.000 (diez mil) a 100.000 (cien mil) pesetas, sin perjuicio de que se ordene por el mismo Tribunal el cumplimiento de lo previsto en el repetido artículo".

Como avisamos en el capítulo precedente, este precepto es, en parte, trasunto casi literal del artículo 23 de la Kartellgesetz de 1957, salvo que mientras el texto alemán exigía la inscripción de las concentraciones que lleguen a <sup>u</sup> veinte por ciento del mercado nacional, el proyecto la imponía del treinta por ciento en adelante; y que refundía en una sola figura "adquisición de fábricas y talleres y otros activos", dos supuestos que la GWB enumeraba por separado, "adquisición del patrimonio" y "adquisición de la propiedad de activos fabriles".

Era, en cambio, disposición original el párrafo 6, por el que se estipulaba la obligatoriedad cumulativa de notificación por todos los partícipes, así como el párrafo 7, en materia de sanciones por incumplimiento de este deber. No se preveía la posibilidad de que la jurisdicción de defensa de la competencia invitase a los protagonistas de una fusión determinada a pública audiencia o a declaración escrita, en caso de que la operación pareciera susceptible de conducir a posición de dominio.

El texto transcrito revela la concepción que inspiraba al Gobierno, paladinamente confesada, por otra parte, en el Preámbulo, a saber, exigir a las operaciones trascendentes por su envergadura una constancia registral que, en realidad, más aun que la información del público en general, se proponía llamar la atención de los órganos vigilantes y celadores de la competencia, obligándoles a inquirir de cerca las posibles variaciones de estructura de las empresas punteras de cada rama o sector, por si pudieran influir en su comportamiento. En otras palabras, el proyecto se concibió, a nuestro entender, como arma psicológica, que, por un lado, se dirigía a la Administración imponiéndole el deber de elaborar el fichero de todos los ayuntamientos notables en el mundo empresarial, en cierto modo las "notas de sociedad" de la industria nacional, y por otro apuntaba a las grandes firmas, advirtiéndolas que determinada clase de actos integradores no pasaría desapercibida y que, en lo sucesivo, la jurisdicción de defensa de la competencia se fijaría más en sus movimientos, por el simple hecho de que figuraran en el Registro. Considerando el desarrollo de la economía nacional y la actitud instintivamente recelosa del mundo empresarial, hostil a toda idea de control, no ya en España sino en cualquier latitud, ante todo proyecto antitrust, el legislador de Madrid no tenía otra solución racional que instaurar un sistema de mero registro, tanto más cuanto que dentro de la Europa "desarrollada", excluyendo el caso excepcional de la CECA, nadie había ido más allá, y sólo la República Federal Alemana mantenía este tipo de control. Aunque el paso fuese deliberadamente modesto y, desde luego, no ayuno de prudencia, introducía una novedad psicológica de cierta importancia.

Ahora bien, caben, y hasta se imponen, algunas críticas a defectos técnicos que tal vez fueran fácilmente evitables, y que fundamentalmente se debieron a inadvertencia

el articulado. La primera y más importante objeción, cuya índole es más psicológica que técnica, consiste en el desacierto de regular la inscripción de las amalgamas en un registro titulado de "Prácticas restrictivas de la competencia"; es como si se creara, dentro del Registro de Penados y Rebeldes, una sección, por ejemplo, de pródigos o dementes. Extravagancia legislativa, porque, como se ha demostrado en el Capítulo anterior a propósito de la interpretación dada por la Comisión de las Comunidades Europeas al artículo 86 del Tratado de Roma, no cabe considerar siquiera como "prácticas" mercantiles actos de estructura que no consistan en transacciones con clientes, sino en procesos puramente orgánicos; extravagancia psicológica, ya que el precepto infunde al lector no avisado la falsa impresión de que es ilegal e ilícita la fusión de grandes empresas, simplemente por la circunstancia de que reúnan el treinta por ciento del mercado nacional. El despropósito es tanto menos disculpable cuanto

que en este punto no cabe que los redactores del proyecto se excusen alegando precedentes extranjeros, ya que no existe, que sepamos, registro alguno que incluya en la rúbrica de "prácticas restrictivas" los diversos tipos de operaciones societarias. Con replicar que, después de todo, una concentración entre empresas dominantes del comercio de un sector concreto afecta necesariamente al grado de tensión reinante en el mercado, no se destruye la objeción de que no se trata de una práctica, sino simplemente de una operación estructural.

En segundo término, ya que el legislador ha creído conveniente, y con razón, según dijimos, prever el registro forzoso de las amalgamas totales o parciales, debió ir más lejos para ser consecuente, obligando también a la inscripción de las comunidades o conexiones de directivos, tanto



mas cuanto que, según demostraban los anuarios de Sociedades Mercantiles, las referencias de prensa de las Juntas Generales de las principales compañías del país y determinados estudios de nuestra estructura económica, ampliamente difundidos en la época del anteproyecto (335), uno de los rasgos de la industria española, y también, justo es reconocerlo, de la de cualquier sistema de empresa privada, radica en la acumulación de cargos directivos por una reducida minoría de financieros y "ejecutivos" y, cosa más grave, en el disfrute simultáneo de puestos rectores en firmas que teóricamente deben competir, es decir, en compañías operantes en el mismo sector. No es congruente que se declare obligatoriamente registrable, por ejemplo, la compra por una firma preponderante de un taller propiedad de un rival modesto y que, en cambio, no lo sea la presencia simultánea y permanente de un consejero en la plana mayor de la primera y de la segunda o tercera empresas del ramo. La omisión es tanto más infortunada cuanto que, por su reiteración y habitualidad, el fenómeno merece mucho más el nombre de "práctica" que las fusiones o participaciones accionarias, y ejerce influjo desmoralizador en el clima de competencia, dando pie, cuando menos, a que se entiendan las firmas a expensas de sus clientes y del consumidor en general. El legislador se ha mostrado, pues, atento y sensible a la concentración material, es decir, a la reunión de capitales y activos físicos, pero indiferente a la concentración moral, es decir, a la confabulación de las voluntades rectoras. En resumen, y pidiendo perdón por la familiaridad de los términos, podemos resumir así la óptica del proyecto: ¡ojo con la concentración, pero adelante con el campadreo!

Por último, no se aprecia la justificación de que,

~~se omita la referencia a la concentración moral~~  
(335) Cfr.: entre otros, RAMON TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", Madrid, 1961, 1ª edic. capítulos finales y listas de consejeros.

según el párrafo 7, la multa por no inscripción revistiese carácter reiterativo, ya que semejante matiz parecía admitir de antemano la posibilidad de que los obligados al registro desoyeran la intimación del Tribunal, siendo así que, en buena técnica jurídica, la consecuencia de un desacato de esa naturaleza tiene que ser el paso del tanto de culpa a la jurisdicción penal ordinaria por delito de desobediencia manifiesta. No es propio de la dignidad de un Tribunal que expida una intimación sobre otra a los infractores. Es cierto que el párrafo 7 se refiere a todo el artículo, o sea a la inscripción de las prácticas declaradas exceptuables, y no sólo a la de las operaciones de amalgama, por lo que cabría objetar que si se ha dicho "multa reiterable", es bajo el supuesto de las declaraciones de prácticas exceptuables, más bien que desde la perspectiva de las amalgamas, pero no por eso deja de constituir lo impugnado un fallo técnico.

En suma, se observa que el proyecto copiababundantemente el modelo alemán en las definiciones de figuras registrables, y que al mismo tiempo, en lo tocante a organización procesal, donde no había trasposición de modelos foráneos, el régimen escogido adolecía por falta de tecnicidad.

c) El texto definitivo: exposición y crítica.

Al proyecto se presentaron 47 escritos de enmienda (seis a la totalidad), con un total de 266 modificaciones, y de ellas se deducían tres posiciones otendencias principales: la que se declaraba conforme con las líneas básicas del proyecto, sin perjuicio de sugerir retoques de detalle, postura netamente mayoritaria; la de quienes denunciaban un presunto designio de hostilizar la concentración empresarial, siendo así que ésta era un "objetivo deseable" para la economía nacional (336), y, por último, la tesis,-----  
(336) Concretamente, dos de las enmiendas a la totalidad, la 5 (primer firmante, don EMILIO LAMO DE ESPINOSA) y la 11 (primer firmante, Sr. MUÑOZ CAMPOS).

muy minoritaria, de quienes, por el contrario, juzgaban que el texto gubernamental se quedaba corto en materia de amalgamas societarias (337). Por lo que se refiere al artículo VIII, la Ponencia (338) procuró y logró el equilibrio entre los que postulaban la supresión del régimen de inscripción y quienes, en el extremo opuesto, deseaban su refuerzo, rebajando, por ejemplo, del treinta al veinte por ciento el umbral de inscripción forzosa, o pretendían, incluso, introducir poco menos que un control preventivo, consistente en una declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia, previo informe de la Organización Sindical (339). La tesis mantenida por los ponentes fue que "en realidad las fusiones y concentraciones de empresas no se hallan limitadas, sino más bien estimuladas, por la legislación" y que, por lo tanto, procedía introducir un simple deber de registro, de finalidad "puramente preventiva de prácticas abusivas", con lo que se mantuvo, en definitiva, salvo leves modificaciones, el texto del Proyecto (340).

Aparte del traslado del precepto, que de artículo VIII pasaba a ser el 21, y del cambio de numeración de los párrafos 5 y 6, convertidos, respectivamente, en 8 y 9, así como del cambio de sitio del párrafo 7 final, sobre sanciones pecuniarias por no inscripción, transformado en artículo 25, dentro del Capítulo IV (Infracciones y sanciones), y sin perjuicio de respetar el párrafo 5, acertó el informe al sugerir, contrariamente al proyecto gubernamental, que el cumplimiento de la obligación de inscripción -

---

(337) Así, los señores NADAL SAUGAR (enmienda 29), GODO VALLS (45) y CONDE BANDRES (39).

(338) Integrada por los Sres. ABELLA MARTIN, CUEVA GONZALEZ, DIAZ AMBRONA, LOPEZ MARTINEZ (D. ALFREDO) y LOPEZ RODO.

(339) La rebaja del umbral se proponía en la citada enmienda 39, y el régimen de declaración por el Tribunal, en las también citadas enmiendas 29 y 45.

(340) Se aceptaron, en todo o en parte, 4 enmiendas: la 10 (Sr. IGLESIAS SELGAS), la 12 (Sr. NÚÑEZ SAMPER), la 27 (Sr. CAPETA AULET) y la 39 (Sr. CONDE BANDRES), y se rechazaron otras seis: las 3 (Sr. MACIAN PEREZ), 4 (Sr. LAMO DE ESPINOSA), 15 (CHOZAS BERMUDEZ), 29 (Sr. NADAL SAUGAR), 11 (Sr. MUÑOZ CAMPOS) y 45 (Sr. GODO VALLS).

registral por una cualquiera de las empresas partícipes exonerase a las demás. Por último se rebajaba de diez mil a cinco mil pesetas el límite mínimo de la multa, manteniéndose el tope de cien mil; esta modificación no era técnicamente ni una mejora ni un desperfecto, pero en consideración a que las firmas normalmente llamadas a cumplir el deber registral serían de cierta envergadura, no había por qué reducir un límite de por sí bastante módico.

La discusión de la Comisión Especial (5 de julio de 1963) no reformó en absoluto el informe de la Ponencia, que sobre este punto se transformó en dictamen (BOCE núm. 791, de 9 de julio), y aprobado éste por el Pleno de 25 de julio siguiente, se convirtió en la Ley 110/1963, de 20 de julio (BOE DEL 23 de julio). Era lógico, en realidad, que el informe no sufriera alteración, ya que el eje de gravedad de los debates se refería a cuestiones distintas, concretamente el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia en el conjunto del sistema, la definición y régimen de las prácticas exceptuables, las prácticas y sectores eventualmente dispensables del nuevo ordenamiento, etc.

En consecuencia, en lo concerniente a las concentraciones, el artículo 21 quedó redactado así:

"1.- Se crea el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que dependerá del Servicio de Defensa de la Competencia y constará de dos secciones:

- a) Registro provisional, que será secreto.
- b) Registro definitivo, que será público.

. . . . .

7.- (sin variación). Deberán inscribirse en el Registro definitivo, en el plazo de un mes a partir de su conclusión, todos los acuerdos de concentración de empresas, siempre que como consecuencia de ellos las empresas partícipes pasen a

controlar el treinta por ciento o más del mercado nacional en un determinado producto o servicio, o cuando una de las empresas participe de la concentración controlada desde antes dicho porcentaje del mercado.

A los efectos del párrafo anterior, se considerarán concentraciones de empresas:

- a) Las fusiones de empresas.
- b) Las adquisiciones de fábricas, talleres y otros activos pertenecientes a otras empresas.
- c) Los contratos de cesión de explotación y los contratos de dirección de explotación que se refieran a fábricas, talleres y otras explotaciones industriales o comerciales pertenecientes a otras empresas.
- d) La adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones, por sí solas o sumadas a otras en poder de la misma empresa o de otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración, permitan alcanzar el veinticinco por ciento del capital con derecho a voto.

8 (alterado).- Están sujetas a la obligación de solicitar la inscripción en el Registro las empresas y las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas que participen en el acuerdo o decisión. El cumplimiento de dicha obligación por parte de uno de los obligados exonera a los demás".

El antiguo párrafo 10 ha quedado convertido, como se dijo, en el siguiente precepto:

"Artículo 26.- La inobservancia de las disposiciones contenidas en los números 7 y 8 del artículo 21 podrá ser sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con multa de cinco mil a cien mil pesetas, sin perjuicio de que se ordene por el Tribunal el cumplimiento de lo previsto en las mencionadas disposiciones".

rios se prevén en el artículo inmediatamente anterior, el 25, para la "realización de prácticas exceptuables cuya inscripción no haya sido solicitada".

Realmente no caben nuevas consideraciones críticas, salvo apuntar, si acaso, la inequidad de penar, aunque la sanción sea ligera, con la misma cuantía la realización de prácticas comerciales antes de que se autoricen y la omisión del deber de inscripción de una amalgama registrable, pues en el primer caso la infracción es más grave, al menos teóricamente, porque consiste en una conducta positiva, en un facere, cuando la obligación es abstenerse, y en una conducta, además, restrictiva de la competencia, mientras que en el segundo supuesto se trata de una simple omisión, de un non facere, sin importancia para el mecanismo del mercado, aunque pueda tenerla para el grado de conocimiento y publicidad de la estructura industrial. Insistimos en la improcedencia de rebajar a cinco mil pesetas el límite inferior de la multa, sin perjuicio de puntualizar que tampoco es razonable fijar ese mismo rasero para los dos tipos de infracciones, aunque el asunto carezca de alcance mayor.

#### d) El desarrollo reglamentario.

En cuanto a la descripción del sistema implantado en 1963 (y con vigencia a partir del 1º de enero del año siguiente, según la Disposición Final Primera de la Ley), no plantea dificultad alguna la interpretación y análisis de las figuras del párrafo 7 del artículo 21, tarea que ni siquiera es necesaria, por tratarse de una transcripción de la ley alemana a la que, en consecuencia, son aplicables las observaciones hechas en el Capítulo anterior. Es, pues, en lo procesal donde debemos fijar la atención. El régimen es, en principio, sencillo: consiste en que una cualquiera de las empresas partícipes de la amalgama deberá comunicarla por -

por el que se haya formalizado, al órgano administrativo encargado del Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia que, según la propia Ley (artíc. 20, párr. 3, apartados A y C), es el Servicio de Defensa de la Competencia, creado bajo la dependencia del Ministerio de Comercio y hoy integrado en la Dirección General de Comercio Interior (341). Es, pues, al Director del Servicio a quien deben dirigirse las solicitudes de inscripción, con los "requisitos" enunciados por el artículo 32 del Reglamento del propio centro (Decreto de 5 de febrero de 1970, BOE de 24 de febrero), a saber:

- a) Justificación de la personalidad de quienes presentan la solicitud y del poder de representación que tengan de la sociedad o asociación, unión o agrupación en cuyo nombre actúan, exigencia que se cumple aportando la correspondiente escritura notarial de apoderamiento.
- b) Mención individualizada de las empresas participantes.
- c) Copia notarial del acuerdo y copia notarial, en su caso, de los Estatutos de la entidad surgida en virtud de él.
- d) Indicación del porcentaje del mercado nacional que suponen exactamente las firmas partícipes y su respectivo volumen de producción, así como mención del apartado del párrafo 7 del artíc. 21 en que los solicitantes consideran incluida la operación, o sea, si se trata de una fusión o de una transferencia de activos o de una compra accionaria, etcétera.

-e) Todas las aclaraciones que los interesados deseen añadir

(341) En un principio, el Director del Servicio tenía categoría de Director General (artíc. 20, párr. 2), pero los Decretos 2.764/1967, de 27 de noviembre, y 91/1968, de 25 de enero, dictados en cumplimiento de las medidas de austeridad y gasto público acordadas por el Decreto-Ley 15/67, de 27 de noviembre, con motivo de la devaluación de la peseta, han rebajado al Director al rango de Subdirector General. El actual Reglamento del Servicio, aprobado por Decreto de 5 de febrero de 1970 dispone (artíc. 4º) que el Director sea nombrado por el Ministro de Comercio a propuesta del Director General de Comercio Interior.

sobre puntos esenciales del acuerdo y sobre las relaciones mantenidas con otras concentraciones de empresas, así como una lista individualizada de las empresas importantes del sector que no tomen parte en el acuerdo.

Por su parte, el Servicio de Defensa de la Competencia suele pedir a los interesados, como dato adicional, el volumen de los activos físicos o tangibles interesados por la amalgama, ya que se trata de una cifra convencionalmente utilizada por las estadísticas internacionales, y que el Comité de Prácticas Restrictivas de la OCDE la reclama a los países miembros para estudiar la concentración en cada uno de ellos.

Una vez recibido el escrito de solicitud de la inscripción, el Servicio anota la operación en el Registro definitivo de Prácticas Restrictivas, si bien el Reglamento del centro ha tenido la loable ocurrencia (y el buen gusto, cabría decir) de crear, matizando donde la ley no distingue, un Libro segundo que precisamente se titula de "acuerdos de concentración de empresas", separando así los asientos de prácticas exceptuables y los de amalgamas (artíc. 37).

Está claro quién ha de pedir la inscripción y cómo no debe pedirla, y es meridiano también que basta con que la solicite uno cualquiera de los protagonistas. Igualmente consta, en principio, que el plazo es treinta días a partir del acuerdo correspondiente, si bien no corre mientras el acuerdo no sea firme, lo cual tiene el efecto considerable de que en el supuesto, cada día más frecuente, de que las empresas fusionantes subordinen la consumación del acto a la condición suspensiva de que el Ministerio de Hacienda les otorgue los beneficios fiscales previstos por la legislación especial de fomento de integraciones, el plazo no comienza hasta que las firmas beneficiarias publiquen el anuncio de que su respectiva Junta Extraordinaria de Accionistas ha da-



do su aprobación definitiva, una vez conseguidas las bonificaciones, a la amalgama proyectada. Como los expedientes de beneficios fiscales duran meses, a veces un año o más, transcurre a menudo un largo lapso entre el acuerdo societario de integración condicional y la resolución final.

Lo precedente se entiende en la hipótesis normal de que las firmas obligadas a inscribir el acto ayuntador - cumplan dentro del plazo preceptivo. Pero ¿y si no lo hacen? Hemos visto que el legislador ha previsto una multa, cuya imposición confía, con buen sentido, al Tribunal de Defensa de la Competencia, y no al Servicio, pues debe ser el órgano judicial, y no otro, quien establezca sanciones. Ahora bien, la ley 110/1963 no ha conjeturado en absoluto cuál será el iter procesalis. El Reglamento del Tribunal, aprobado por Decreto 538/1965, de 4 de marzo (BOE de 15 de marzo) ha remediado la laguna (artíc.s 120-123, Sección Novena del Capítulo II del Título II), por lo que se refiere estrictamente a la fase judicial. En cuanto al Reglamento del Servicio, se limita a decir (artíc. 37, párr. 2) que el incumplimiento de la obligación "dará lugar a la instrucción del oportuno expediente - por parte del Servicio". En consecuencia, el procedimiento - de la jurisdicción de la competencia en los que abreviadamente podríamos llamar casos del artíc. 21, párr. 7, o asuntos de concentraciones, consta, como los demás, de dos etapas, - una ante el Servicio y otra ante el Tribunal, instrucción y resolución respectivamente. La primera consistirá, por aplicación elemental del concepto de "expediente" según la Ley - de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en - un trámite de audiencia a los presuntos infractores, así como en la obtención de un certificado o informe oficial acerca, por un lado, del volumen del mercado nacional del artículo o servicio en cuestión, y por otro, de la participación, siquiera aproximada, de las empresas concentradas (normalmen

te se pide dictamen al Ministerio competente ratione materiae). Por último, se elevará propuesta razonada al Tribunal para - que ordene la inscripción, amén de imponer multa con arreglo al artículo 26 de la Ley, sin necesidad del trámite previo - de toma de conocimiento por el Consejo de Defensa de la Competencia, pues no se trata de prácticas prohibidas en sentido propio (342).

Una vez llegado el expediente al Tribunal, corresponde a una de sus dos Secciones, por turno riguroso de entrada, el estudio del caso (343), el estudio del caso. Por expresa disposición del Reglamento (artíc. 120), se seguirá, con diferencias mínimas (vide infra, nota 344), el mismo orden de proceder que en los expedientes de "prácticas prohibidas" (artícs. 81 a 89), a saber:

a) Nombramiento por la Sección a quien incumba el asunto de un Ponente y solicitud de informe al Sindicato o Sindicatos - Nacionales donde estén encuadradas las firmas de referencia, informe que deberá ser remitido en el plazo de quince días, "con aplicación de la doctrina del silencio administrativo positivo". Con este fin, las acciones elevadas por el Servicio estarán de manifiesto durante esos quince días en la Secretaría del Tribunal, para que se instruyan los representantes legales del Sindicato llamado a informar.

-b) Transcurrido el plazo de referencia, la Sección dispone, por nueva providencia, que el informe se una a las diligencias y, en todo caso, que se considere evacuado el trámite, es decir, aun en el supuesto de que el Sindicato requerido no informara, el procedimiento seguiría adelante.

-c) Tercera providencia de la Sección competente, por la que  
-----  
(342) El artíc. 24, párr. 2, apart. e), de la Ley establece; entre otras funciones del Consejo la de "tener conocimiento, antes de su remisión al Tribunal... de los expedientes que - conforme al artículo 22 tramite el Servicio...", El artículo 22 únicamente habla de las prácticas presuntamente prohibidas (343) Reglamento del Tribunal, artícs. 5º, aparts. i) y j), y 33º, párr. 2.

se ordenará que se dé vista del expediente a los interesados durante un plazo de treinta días común a todos ellos, para que dentro de él formulen, si lo desean, las alegaciones y propongan las pruebas que juzguen pertinentes.

-d) Transcurridos los treinta días, la Sección dictará auto, que se notificará a los interesados, y por el que se resolverá, ora admitir el expediente, por estimarse que se han aportado los antecedentes, pruebas y diligencias que deba aportar o practicar. El Tribunal precisará los documentos que haya que remitir, los testigos que deban ser citados, los puntos sobre los que deba el Servicio solicitar dictamen pericial y el número de los peritos, fijando discrecionalmente el plazo para la práctica de las pruebas, con el límite mínimo de veinte días.

-e) En el caso de que el Tribunal haya encomendado al Servicio nuevas diligencias, el Servicio las elevará concluido el plazo fijado, añadiendo el informe que considere necesario "para completar, rectificar, aclarar o modificar" el informe primitivo, y a la vista del nuevo dictamen, decidirá la Sección si procede o no solicitar de la Organización Sindical otro informe. Será preceptiva esta solicitud si el Servicio ha retirado su propuesta originaria o si la sustituye por otra radicalmente distinta.

-f) En la misma providencia en que se admita a trámite el expediente, acordará la Sección emplazar a los presuntos contraventores para que en el término de diez días, durante los cuales tendrán a su disposición los autos en la Secretaría, formulen su respectivo escrito de conclusiones y concreten las razones en que fundan el ruego o súplica de que no se les sancione.

-g) Citación a los encartados para que, personalmente, se ratifiquen en su escrito de conclusiones, con posibilidad de que hagan verbalmente las manifestaciones que juzguen perti-

nentes, y con obligación de contestar a las preguntas que, en su caso, les haga el Tribunal (344).

-h) Cumplidos por los encausados los trámites de conclusiones y de ratificación, el Tribunal declarará concluidas las actuaciones y citará para el fallo;

-i) finalmente, dentro de los veinte días siguientes, la Sección dicta resolución, por la que se declara la inobservancia o, por el contrario, la no contravención de los párrafos 7 y 8 del artículo 21 de la Ley, y en el primer supuesto, "si procede la imposición de multa y cuantía de ésta, en su caso, - dentro de los límites de 5.000 pesetas a 100.000 pesetas, fijados en el artículo 26 de la Ley". Además, si la resolución declara la inobservancia, "se ordenará el cumplimiento de dicha obligación", es decir el registro.

-j) posibilidad de interponer (artíc. 123) contra el fallo de la Sección un recurso de súplica ante el Pleno, sin perjuicio de que los sentenciados puedan recurrir en vía contencioso-administrativa (345). Contra la resolución que, a su vez, dicte el Pleno (Título III, Capít. Primero, artícs. 124-129), no cabrá recurso alguno, ni siquiera el contencioso-administrativo.

Hasta ahora no se ha incoado ningún expediente por incumplimiento del trámite registral, por lo que la exposición sólo podía reproducir sucintamente los preceptos reglamentarios. Pero cabe formular alguna observación, a pesar de que, en líneas generales, el Reglamento se atiene escrupulosamente a la pauta marcada en el texto votado por las Cortes. Por ejemplo, no creemos acertada la supresión de la vista

---

(344) A diferencia de los expedientes de prácticas prohibidas, no se prevé aquí la posibilidad de vista pública, ni porque lo pida una de las partes en su escrito de conclusiones ni porque el Tribunal la considere conveniente.

(345) Advirtamos que, igual que en los demás tipos de expedientes, la posibilidad de apelar al Pleno únicamente se otorga a la parte condenada; por lo tanto, el Servicio instructor no podrá apelar contra el fallo eventualmente absolutorio que dicte la Sección.

pública, ya que cabe, al menos en teoría, concebir casos y situaciones en que el Tribunal juzgue "conveniente", como dice el artículo 90 del Reglamento a propósito del procedimiento general, oír verbalmente a las partes; creemos incluso que la convocatoria de audiencia pública en un expediente de concentración entre empresas principales de cualquier sector de la economía nacional tendría efectos psicológicos y publicitarios análogos al buscado por el legislador alemán al conferir al Bundeskartellamt la facultad de citar a los protagonistas de una amalgama registrable, cuando considere que la operación es susceptible de abocar a posición de dominio. No es que la objeción tenga importancia determinante, pero insistimos en que no había por qué cerrar la puerta a una vía procesal sin peligros ni inconvenientes y que, en cambio, era susceptible de ofrecer ventajas. No parece tampoco totalmente adecuado el régimen procesal en lo relativo al trámite inicial de informe de la Organización Sindical, que admite no por tácita menos inequívocamente, la hipótesis de que no responda el Sindicato Nacional consultado. Se ha adoptado, sin más ni más, el procedimiento general modelado para los litigios de prácticas restrictivas, cuyas normas prevén expresamente el supuesto de que el Sindicato Nacional no evacúe el informe solicitado, disponiendo que en este caso siga adelante la tramitación, con el loable criterio de evitar que el pleito se prolongue innecesariamente. Ahora bien, la disposición no se justifica en absoluto tratándose de amalgamas, acerca de las cuales no hay peligro de paralización procesal ni problema alguno de calificación jurídica, sino únicamente el de comprobar, mediante unos datos estadísticos globales, si los protagonistas se encuentran o no en situación registrable. ¿Y quién mejor situado que el Sindicato Nacional del ramo, aparte, anturalmente, del Ministerio de In-

dustria (o, en su caso, del de Agricultura o Comercio), para suministrar esos datos? Aun admitiendo, pues así lo demuestra, por desgracia, una experiencia de años y décadas, que a menudo las firmas son parcas, y casi nunca veraces del todo, en la información que dan a su propio Sindicato (tanto por temor al Ministerio de Hacienda como por miedo a sus competidores), no cabe negar que normalmente el informe sindical será una indicación muy útil, a reserva de completarla con un estudio del mercado por otros medios. Por eso creemos que lo procedente habría sido que el Reglamento declarase preceptivo el dictamen de la Organización Sindical, so pena de desacato o desobediencia, a cambio, tal vez, de conceder al Sindicato un plazo más amplio, verbigracia un mes, para que pudiese instruirse debidamente de los antecedentes y recabar, a su vez, la información indispensable.

## 2.- Aplicación del Registro de concentraciones: sus resultados .

Desde el 1º de enero de 1964 se han inscrito 1º operaciones, lo cual arroja un promedio, bastante bajo por cierto, de 2,1 operaciones por año a lo largo de algo más de ocho años de vigencia de la Ley de 20 de julio de 1963, si bien en los últimos tiempos tiende a incrementarse notablemente el número de solicitudes de inscripción, aparte de que a principios de 1972 penden algunos actos fusionistas del cumplimiento de los trámites legales. Como la lista de las operaciones es corta, no hay inconveniente en reproducirla por orden cronológico de asientos:

1.- Inscripción de la participación accionaria de la sociedad madrileña STANDARD ELECTRICA, S.A., en MARCONI ESPAÑOLA, S.A., también de Madrid (perteneciente al grupo del INI), participación que ascendía en marzo de 1964, cuando se solicitó la inscripción, al 31,3% del capital de la segunda, merced a sucesivas compras hechas en firme desde diciembre de

1955, por un total de 235.269 títulos. La participante especificaba que formulaba la petición de registro a título preventivo, para el supuesto, que ella reconocía no saber si se daba efectivamente, de que entre MARCONI y STANDARD controlasen más del treinta por ciento del mercado nacional de accesorios de telecomunicación. A pesar de los organismos sindicales consultados no pudieron informar exacta ni siquiera aproximadamente sobre este punto, teniendo en cuenta la considerable envergadura de entrambas compañías, el Servicio procedió a registrar la participación (15-7-1965).

2.- Compra por DOW-UNQUINESA, de Axpe-Erandio (Vizcaya), primera fabricante nacional del precipitado sulfato de bario-sulfato de cinc, pigmento conocido por "litopón" o "blanco Nevín" (7.200 toneladas anuales, de un total de 14.400), de todo el capital social (1.320 acciones nominativas de 25,000 ptas) de la NEVIN, S.A., de Barcelona, segundo productor nacional (6.000 toneladas anuales), a consecuencia de lo cual la parte de la compradora en el mercado español, que ya era de la mitad, pasaba al 91,67% (solicitada la inscripción el 3-7-1965, se efectuó el 31 del mismo mes y año).

3.- Absorción de AUTO-ELECTRICIDAD, S.A. (AES), de Barcelona, fabricante de equipos eléctricos para automóvil (baterías, -dínamos, reguladores, motores de arranque, etc.). por FABRICA ESPAÑOLA DE MAGNETOS, S.A. (FEMSA), de Madrid, la cual pasaba así del 10% al 60% del mercado nacional en dinamos y reguladores para motor de aceite, aumentando en la misma proporción su parte en el mercado de motores de arranque para vehículos con motor de aceite y saltaba, además, del 18% al 33% en baterías y acumuladores. Solicitada el 13-7-1966, la inscripción se hizo el 20-2-1967, al haber obtenido FEMSA del Ministerio de Hacienda los beneficios fiscales de concentración y declarar firme el contrato de absorción.

4.- Posesión por doña HUGUETTE MAUNY GUATTARI, residente en

Barcelona, y por la compañía también barcelonesa INDUSTRIAS FECO, S.A., de sendas participaciones societarias, el 46% y el 25% respectivamente, de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE APARATOS ELECTRICOS, LAMPARAS Y BOMBILLAS, S.L.", más conocida por "LAMPARA DIA", que era la principal de sus marcas, y titular, - además, según estimaciones de la propia FECO, del veinte por ciento del mercado nacional de lámparas "para automóvil, para señales y de miniatura". El Servicio de Defensa de la Competencia entendió, con arreglo a una interpretación literal de la Ley, que la inscripción sólo es exigible a las operaciones entre empresas, no a las adquisiciones hechas por - personas físicas, pero al dirigirse meses más tarde al Servicio la citada FECO para notificar que ella también participaba en el capital de LAMPARAS DIA, y que existía entre ambas desde hacía años un estrecho acuerdo de colaboración comercial, incluso identidad de Consejos de Administración, el Servicio optó, ya que nada se lo prohibía, por inscribir conjuntamente entrambas operaciones, estimando que de este modo se incluía el máximo posible de datos con un solo registro (31-5-1967).

5.- Compra bursátil por EBRO, COMPAÑIA DE AZUCARES Y ALCOHOLLES, S.A., de San Sebastián, una de las principales productoras nacionales de azúcar de remolacha, y por sus filiales - AZUCARERA LEOPOLDO, S.A., de Vitoria, y AZUCARERA DE SEVILLA, S.A., con domicilio en Madrid, con fecha 22-12-1967, de algo más de la mitad del capital (concretamente 126.104 acciones) de la firma azucarera SOCIEDAD INDUSTRIAL CASTELLANA, S.A. - (S.I.A.), de Valladolid, cuyo capital consistía en 202.500 acciones de mil pesetas. La producción acumulada de EBRO y SIA (datos de la campaña 1966-67), que se cifraba en unas - 180.000 toneladas, superaba ligeramente el tercio de la nacional (unas 530.000 toneladas). Solicitada el 20-1-1968, la inscripción tuvo lugar el 17 de febrero siguiente.



6.- Absorción por CRISTALERIA ESPAÑOLA, S.A., de Madrid, de EXPACO (EXPLOTACION DE INDUSTRIAS, COMERCIO Y PATENTES, S.A.), también de Madrid, previa obtención de los beneficios fiscales correspondientes; entrambas firmas eran productoras de vidrio templado y la segunda fabricaba, además, vidrieras dobles, - con la consecuencia de que la absorbente pasaba del 48% al 80% del mercado nacional de vidrio templado y se apropiaba el 65% del de vidrieras dobles, si bien hay que tener en cuenta que de todos modos CRISTALERIA ESPAÑOLA tenía ya participación - mayoritaria en EXPACO desde la misma fundación de ésta. El - móvil fundamental de la fusión consistía en adaptar a sus - prot-agonistas a las exigencias cada día más rigurosas de la industria del automóvil, para la cual trabajaban primordialmente (346 ). La inscripción se formalizó el 5-9-1968.

7.- Absorción simultánea, previa obtención asimismo de los beneficios fiscales solicitados, de la firma vidriera GIJON FABRIL, S.A., de Gijón, por la COMPAÑIA GENERAL DE VIDRIERAS ESPAÑOLAS, S.A., de Madrid, ambas pertenecientes, igual que las empresas del apartado antecedente, al grupo francés SAINT-GOBAIN. Como resultado del acto, la absorbente pasaba del 18,64% al 29,60% "aproximadamente" del mercado nacional de vidrio hueco (botellas, tarros, frascos), y si bien el porcentaje quedaba ligeramente por debajo del límite legal del 30%, la COMPAÑIA GENERAL declaraba tomar la iniciativa de pedir la inscripción (12-7-1968). El Servicio receptor acordó, a la vista de las manifestaciones de la dicente y teniendo en cuenta la trayectoria claramente expansiva del grupo, que era prudente el registro, y así lo hizo (5-9-1968).

8.- Acuerdo de absorción por LA SEDA DE BARCELONA, S.A., de Bar-

---

(346 ) CRISTALERIA ESPAÑOLA, S.A., primera firma del país en el sector vidrio, es filial, a través de la holding suiza SAINT-GOBAIN INTERNATIONAL, del famoso grupo francés SAINT-GOBAIN, primera empresa cristalera del mundo, fundada por el ministro COLBERT bajo el reinado de Luis XIV.

celona, fabricante del 38% del rayón textil producido en España, así como del 95% del rayón "cord" nacional, de PERLO-FIL, S.A., de Madrid, productora del 33,55% del hilo continuo obtenido en España de las fibras poliamídicas, y del 30,28% del hilo discontinuo, quedando, sin embargo, subordinada la operación al otorgamiento de los beneficios fiscales solicitados al Ministerio de Hacienda. Ambas empresas pertenecían (sobre todo la absorbente, desde su fundación) al grupo holandés AKU. No había, stricto sensu, coincidencia entre las producciones de una y otra compañía, pero, reconociendo que, según informe del Sindicato Nacional Textil "las fibras poliamídicas de hilo continuo pueden considerarse realmente competidoras del rayón textil y del rayón cord y, en muchos casos, sustitutivas", el Servicio creyó oportuno interpretar en sentido extensivo el concepto de "producto o servicio" del párrafo 7, e invitó, por lo tanto, a las firmas de referencia a que solicitaran la inscripción, y así lo hizo la SEDA DE BARCELONA, una vez conseguidos los beneficios tributarios (solicitada el 12-6-1969, la inscripción se hizo el 19 del mismo mes y año).

9.- Fusión entre EARLE ALUMINIO ESPAÑOL, S.A., de Madrid; ALUMINIO EARLE, S.A., de Lejona (Vizcaya); ALUMINIO TRANSFORMACION S.A., de Madrid, y, por fin, ALUMINIO DE GALICIA, S.A., también domiciliada en Madrid (si bien sus instalaciones radican en La Coruña), por absorción de las tres primeras por la última (31-7-1969), productora de casi la mitad del aluminio electrolítico de primera fusión que se fabrica en España (en 1968, obtuvo 47.000 toneladas de un total nacional de 89.000) Como consecuencia de la operación, la absorbente pasaba, además, a controlar el 33% del mercado nacional de laminación de chapas, bandas, discos de aluminio de aleaciones, el 15% del de extrusión y el 60% del de papel de aluminio (hoja fina laminada). Solicitada el 13-10-1969, la inscripción el 17 del

mismo mes y año.

10.- Absorción de ALCAN, ALUMINIO IBÉRICO, S.A., de Madrid, - por la EMPRESA NACIONAL DEL ALUMINIO (ENDASA), una de las - primeras firmas del INI, también radicada en la capital (si bien sus instalaciones se hallan fundamentalmente en Avilés), fabricante la primera de transformados de aluminio, pero no de lingote de primera fusión, y productora la segunda de la mitad del lingote de fusión originaria que se obtiene en España (siendo la otra oferente principal la ya citada ALUMINIO DE GALICIA, S.A.). Se trataba, pues, de una integración vertical, en la que uno de los partícipes tenía el cincuenta por ciento del mercado nacional del semitransformado que el otro forzosamente tenía que utilizar para obtener sus derivados, y como consecuencia, tanto de esta amalgama como de la descrita anteriormente, quedaban constituidos en España, según informe de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas (y por inspiración del propio Ministerio de Industria) "dos - grandes grupos productores de aluminio" (o sea, ALCAN-ENDASA y ALUMINIO DE GALICIA, S.A.), uno privado y otro dominado por el INI, cuyas producciones estaban equilibradas al 50%, si bien se preveía que con las ampliaciones entonces en curso de ENDASA el desequilibrio se rompería pronto a favor de ésta. - En consecuencia, el Servicio invitó a ENDASA a solicitar la inscripción, y así lo hizo la requerida el 29-12-1969. El registro se efectuó el 2-1-1970.

11.- Fusión de ASTILLEROS DE CADIZ, S.A., propiedad del INI, y de los astilleros privados "SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONSTRUCCION NAVAL", de Madrid, y EUSKALDUNA, S.A., de Bilbao, mediante constitución de la nueva compañía ASTILLEROS ESPAÑOLES, S.A., con domicilio en Madrid y un capital de 2.850 millones de pesetas (en el que el INI, propietario de otros astilleros, como EMPRESA NACIONAL BAZAN y EMPRESA NACIONAL ELCANO, participa con el 50%) y veintiún mil empleados, previa obtención de los be-

gama, la mayor de la industria naval española en la historia y una de las mayores, también, a escala de Europa, ASTILLEROS ESPAÑOLES representa el 60% del tonelaje total de nuevas botaduras, el 75% de las reparaciones de barcos y el 78% en motores navales. La inscripción se hizo el 4-2-1970.

12.- Fusión de la EMPRESA NACIONAL DE RODAMIENTOS, S.A. (ENAROSA), de Madrid, perteneciente al INI; RODAMIENTOS A BOLAS SKF, S.A., de Barcelona, filial de la mundialmente famosa firma sueca del mismo nombre, primera del mundo; FABRICA DE RODAMIENTOS, RSA, S.A., de Madrid, y COMERCIAL DE RODAMIENTOS RSA, S.A., también de Madrid, por creación (19-11-1970) de una compañía llamada SKF ESPAÑOLA, S.A., con domicilio igualmente en la capital, en la que una primera serie de acciones, la A, en proporción del 51% del capital, se distribuye entre el INI, el Banco Urquijo, la familia Sarasqueta y otros accionistas privados españoles, y el 49% restante, es decir, la serie B, se asigna a la matriz sueca (347). El nuevo conjunto supone el sesenta por ciento de la fabricación nacional de rodamientos de aceri y la operación se ha llevado a cabo con los beneficios fiscales correspondientes (la inscripción se solicitó el 15-12-1970, y el acuerdo de registro data del 18 de dicho mes)

13.- Absorción, previa obtención también de las bonificaciones fiscales que se pedían, de FOSFORERA CANARIENSE, S.A., radicada en Madrid, por FOSFORERA ESPAÑOLA, S.A., también de Madrid, que ya tenía la mayoría del capital (15.998 acciones - de las 20.000 de 500 ptas de que constaba). Como la absorbente controlaba ya más del 30% del mercado nacional de cerillas, aun sin especificar cifras, se apresuró a pedir la inscripción, la cual se llevó a cabo el 24-3-1971.

---

(347) En realidad, más que de una auténtica concentración, se trataba de una reorganización de firmas muy vinculadas entre sí, ya que SKF poseía el 49% del capital de ENAROSA y el 51% de su distribuidora comercial, RODAMIENTOS RSA, mientras que el INI tenía respectivamente el 51% y el 49%. Además, SKF tenía la mitad de FABRICA DE RODAMIENTOS y COMERCIAL DE RODAMIENTOS, siendo el resto del Banco Urquijo y de los Sarasqueta.

na), primer fabricante nacional, y antaño virtual monopolista, de material sanitario, del ochenta por ciento de las acciones de CERAMICA SCALA, S.A., de BURGOS, fabricante de la misma clase de artículos, con lo que la participación de ROCA en el mercado español ha pasado del 51% al 54% (solicitada el 16-3-1971, la inscripción se hizo el 4-4-1971).

q5.- Absorción por HIDRONITRO ESPAÑOLA, S.A., de Madrid, de su filial APLICACIONES DEL ACETILENO, S.A. (ADASA), también domiciliada en Madrid, siendo productoras las dos de más del 30% de la dicianamida y la melamina que se fabrican en España, a partir de la cianamida producida por la propia HIDRONITRO (1.975 Tms. de dicianamida y 1.833 toneladas de melamina en 1.970). El registro se hizo efectivo el 5-4-1971

16.- Fusión de MINAS DE RIO TINTO, S.A. y UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., por creación de la sociedad RIO TINTO EXPLOSIVOS, S.A., con domicilio en Madrid, amalgama que ha dado origen al primer complejo químico español de envergadura auténticamente europea, con más del 30% del mercado nacional en piritas, ácido sulfúrico y explosivos (inscripción efectuada el 31-7-1971).

17.- Absorción de QUIMICA DEL BAYAS, S.A., (QUIBASA), con domicilio en Madrid y fábrica en Miranda de Ebro (Burgos), productora del tercio, aproximadamente, del sulfuro de carbono que se produce en España, por su propietaria al cien por cien DERIVADOS DEL AZUFRE, S.A. (DASA), de Barcelona, primera fabricante nacional, con más del 40% del mismo mercado. La absorbente, que reúne, en consecuencia, el 80% del mercado español, ha procedido a dismantelar las instalaciones de Miranda y ha montado una magnífica fábrica en el puerto de Barcelona. La inscripción se ha hecho el 1-9-1971

18.- Absorción por la COMPAÑIA AUXILIAR DE FERROCARRILES,

RIAL MOVIL Y CONSTRUCCIONES, S.A. (antiguos TALLERES CARDE Y ESCORIAZA), de Zaragoza, para constituir la firma CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, con el mismo domicilio que antes. Como la adquirente era ya propietaria de la totalidad de las acciones de la otra, no aumenta su capital social. Entre las dos han supuesto en 1970 el 51,30% de la producción nacional de "unidades tractoras" de ferrocarriles (o sea, locomotoras) y el 48,50% de los remolques.

A simple vista se advierte que la gran mayoría de las amalgamas registradas responden al supuesto del apartado a) del párrafo 7, es decir, a la figura de "fusión". Efectivamente, en ella se encuadran los números 3 (FEMSA-AE-SA), 6 (CRISTALERIA ESPAÑOLA-EXPACO), 7 (CIA GENERAL DE VIDRIERAS ESPAÑOLAS-GIJON F BRIL), 8 (SEDA DE BARCELONA-PERLOFIL), 9 (ALUMINIO DE GALICIA, S.A.), 10 (ENDASA-ALCAN), 11 (ASTILLEROS ESPAÑOLES, S.A.), 12 (SKF ESPAÑOLA), 13 (FOSFORERA ESPAÑOLA-FOSFORERA CANARIENSE), 15 (HIDRONITRO-ADASA), 16 (RIO TINTO-EXPLOSIVOS), 17 (DASA-QUIBASA) y 18 (AUXILIAR DE FERROCARRILES- MATERIAL MOVIL), en total, trece de las dieciocho operaciones reseñadas, más de los dos tercios. Las restantes cinco se engloban en el apartado d), o sea, adquisición de participaciones societarias, y son, como se recordará, los números 1 (STANDARD ELECTRICA-MARCONI), 2 (DOW UNQUINESA-NEVIN), 4 (SRA MAUNY e INDUSTRIAS FECO-LAMPARA DIA), 5 (EBRO-SIA) y 14 (ROCA RADIAADORES-CERAMICA SCALA). No se han dado, en cambio, incidentes catalogables en los apartados b) y c), es decir, no se han producido compras de activos o instalaciones fabriles en cuantía registrable ni contratos de cesión o dirección de explotación con talla susceptible de afectar al treinta por ciento del mercado doméstico.

En cuanto al desarrollo cronológico de las inscripciones (por orden de registro definitivo), cabe confec-

<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>	<u>Año</u>	<u>Operaciones</u>
1964.....	ninguna	1968.....	3
1965.....	2	1969.....	2
1966.....	ninguna	1970.....	3
1967.....	2	1971.....	5
		1972(enero)...	1

Atendiendo a la naturaleza económica de las operaciones registradas, indiquemos que una de ellas, la núm. 8 (SEDA DE BARCELONA-PERLOFIL), está a mitad de camino entre la integración horizontal stricto sensu y la conglomerada o mixta, por tratarse, como se recordará, no de productos idénticos, sino de artículos sustituibles, y otra, la nº 10 (ENDASA-ALCAN) es de naturaleza manifiestamente vertical. El resto es evidentemente de índole horizontal, si bien hay elementos de verticalidad en algún caso, como el de HIDRONITRO-ADASA. Digamos, por último, que tiende a incrementarse el número de inscripciones en los últimos años, como se desprende de la tabla precedente.

### 3.- La concentración en España a partir del Plan de Estabilización.

Igual que en capítulos anteriores, es inexcusable una referencia, siquiera breve, a la estructura de nuestra economía y al proceso de integración experimentado por la industria nacional desde la política de liberalización comercial y adaptación de estructuras, tanto más cuanto que, desde 1963, los Ministerios de Industria y Agricultura han montado un sistema riguroso de exigencia de dimensiones mínimas y determinadas condiciones técnicas para la fundación, traslado o ampliación de industrias en una lista mayoritaria de sectores, que cubre, desde luego, la totalidad de los ramos productivos básicos. Por añadidura, el Estado nacional fomenta sin ambages, tanto a través del Plan de Desarrollo como por la acción de los Ministerios de Industria y Hacienda, las amalgamas de firmas existentes, lo cual es otro dato importante a -

na década.

a) Bosquejo de la estructura actual.-

Inicialmente hay que partir de una realidad - por nadie desconocida: la excesiva atomización, la a veces increíble fragmentación, de la industria española en empresas tan diminutas como numerosas, surgentes gran parte de ellas a lo largo de veinte años de postguerra, bajo el signo de una escasez crónica hasta bien entrada la década 1950-1960, y aislamiento total del mercado doméstico, durante los cuales hubo que improvisar sucedáneos de toda clase de importaciones, por lo que cada firma que saliese al mercado, supuesto que reuniera cierto capital, tenía virtualmente asegurada la colocación de sus productos, sin preocuparse mayormente de su calidad o presentación. No se trata ahora de desconocer que gracias a muchas de estas iniciativas que hoy, desaparecidas las circunstancias de entonces, serían irracionales y estarían condenadas de antemano al fracaso, se salvó la economía española de un verdadero colapso, ni sería lícito ignorar que de una minoría de aquellas empresas de modesto origen han salido figuras eminentes de nuestro elenco industrial. Ahora bien, el cuadro general es desoladoramente negativo, si bien es cierto que no somos, ni mucho menos, el único país que se encuentra en esta situación; basta leer la prensa, tanto la especializada como la de información general, para comprobar que bastantes naciones "desarrolladas" se enfrentan al mismo problema, y que en todas partes, empezando por los propios Estados Unidos, exista ya una frondosa legislación fiscal y crediticia de ayuda a las "pequeñas y medianas empresas". Matizando con la debida precisión, diríamos que en España lo grave no es tanto el número excesivo de firmas reducidas en diversos sectores, tendencia que lentamente empieza a corregirse, como la exigua dimensión media de las empresas punte-



paración a las exigencias de la tecnología contemporánea y a los niveles normales de las demás naciones europeas, máxime en una perspectiva, como la presente, de creciente apertura de la economía nacional a la competencia extranjera. Esto - sí que requiere urgente solución. Otro gran fallo, o mejor dicho, otra faceta del defecto apuntado, es la notable escasez o insuficiencia de empresas de tipo medio-grande, es decir, de firmas situadas entre el escalón propiamente mediano y la gran empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, se da, no - sin paradojas, el hecho, glosado y denunciado reiteradamente, no siempre, por desgracia, con ponderación e imparcialidad. - (348), de que las firmas principales de gran número de sectores básicos - siderurgia, celulosa, papel, química pesada, mecánica, metalurgia, electricidad - se hallan conectadas por dos clases de vínculos, las conexiones bancarias y los puestos comunes de consejeros, fenómeno que, por lo demás, es universal, como hemos visto en otros capítulos. Lo peculiar del caso español es esta coexistencia de concentración de capitales y elementos directivos, por una parte, y atomización técnica, por otra. De todos modos, apuntemos que la dependencia de casi todas las empresas punteras de nuestra economía respecto a los grandes bancos (exceptuando las del INI y alguna que otra particular, como CROS) es, por más que algunos jóvenes economistas de apasionada tendencia marxista o socializante se empeñen en negarlo o en desvirtuarlo, un rasgo inevitable de nuestra estructura industrial, teniendo en cuenta

(348) Entre los análisis más solventes y concienzudos, citemos el ya mencionado de RAMON TAMAMES, La lucha contra los monopolios, así como la Estructura Económica de España, del mismo autor, y el libro de JUAN VELARDE PUERTES, Sobre la decadencia económica de España (Madrid, 1967, Tecnos, págs. 573-654). Algún valor tiene, como material informativo, Crecimiento y crisis del capitalismo español, de SANTIAGO ROLDAN y ARTURO LOPEZ MUNOZ, y por último, el libro del segundo El poder de la Banca en España.

quizá, pero hay que reconocer que en gran parte no podía ser de otro modo, pues la insuficiencia de ahorro privado y la - inexistencia de una clase numerosa de capitanes de empresa, - salvando individualidades eminentes, hicieron que la formación de capital se canalizara fundamentalmente a través de la Banca, de modo análogo, servata distantia, a los comienzos del Japón moderno, con la diferencia de que allí sí que surgió esa clase dinámica y emprendedora, y lo mismo, en definitiva, aconteció en el I<sup>er</sup> imperio alemán finisecular. También la Francia actual - nos ofrece ejemplos aleccionadores. En cambio, es quizá excesivo el alcance que las conexiones interempresariales de consejeros y administradores han cobrado en España, no sólo entre algunos de los Bancos mayores y las empresas donde éstos tienen participación accionaria, práctica que, en principio, nos parece lógica y normal, sino también entre firmas del mismo sector, o sea entre entidades que en buena lógica deben hacerse competencia y rivalizar en el mercado. El hecho alcanza cierta proporción en la Banca, la industria eléctrica y las grandes salineras, por ejemplo, y si bien sus proporciones no son inquietantes de momento, no está de más llamar la atención de que se regule este punto con mayor severidad. No sabemos si se hará así en la próxima reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, anunciada desde hace años, pero en cualquier caso sería uno de los extremos que, en bien no tanto de la ética de los negocios como de la dignidad y decoro de las apariencias, más convendría reforzar, no ya dentro del ordenamiento jurídico-privado sino en el plano del derecho de la competencia, es decir, en la órbita del orden público económico. Nuevamente creemos necesario puntualizar que España no constituye, ni mucho menos, caso único, ni siquiera el más espectacular, pues ahí están Francia e Italia como términos de comparación; evitemos lo que GONZALO FERNANDEZ DE LA MORA

ciertas minorías españolas más resentidas que rebeldes, más noveleras que intelectuales y abrumadas por el complejo de inferioridad frente al extranjero. Sin exagerar, pues, la importancia del caso, juzgamos conveniente que se haga más rigurosa la normativa actual, a todas luces insuficiente y de hecho casi inoperante, en materia de consejeros comunes entre sociedades rivales, ya que en la práctica es letra muerta el artículo 83 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, según el cual "los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General" (párrafo 2). Nos atreveríamos incluso a decir que cabría pensar en restringir las conexiones entre empresas proveedoras y firmas clientes o consumidoras, cuando unas y otras sean de tamaño eminente, con objeto de evitar política discriminatoria de las primeras a favor de las segundas, o simplemente que éstas gocen de ventajas que no se deban a superioridad intrínseca técnica o comercial y que, como tales, enervan los estímulos de mejora inherentes a todo sistema de economía libre.

Por lo demás, ya que se han dicho y escrito tantos tópicos y ligares comunes sobre la industria nacional, hay que dejar puntualizados los términos de la cuestión: que la industria española está atomizada es meridiano, pero no por el hecho, en realidad universal y en definitiva positivo, por lo que supone de vitalidad empresarial, de que más del noventa por ciento de las empresas tengan cinco o menos trabajadores, según las estadísticas oficiales, sino por la circunstancia, repetimos, de que la dimensión media de cada sector suele estar, con excepciones alentadoras en los últimos años (por

trica y la de construcción naval) por debajo del óptimo técnico convencionalmente adoptado en los mercados internacionales (el caso de la industria automovilística sigue siendo flagrante a pesar de los continuos progresos de las series de fabricación); al mismo tiempo es cierto, pero no tanto - como algunos creen o afectan creer, que en la mayoría de los sectores, igual, repetimos, exactamente igual, que en la totalidad de las naciones industriales, un número relativamente pequeño de empresas representa un porcentaje mayoritario de la producción global y de la mano de obra empleada por el ramo, pero eso no significa, ni mucho menos, que haya monopolio, ni está probado que esa concentración sea autofágica, es decir, que se vayan destruyendo unas a otras esas firmas principales y cada día queden menos competidores; y por fin, existe en nuestro sistema económico, como en muchos otros, - una red tupida de nexos empresariales que, sin perjuicio de ofrecer aspectos positivos, no deja de presentar peligro para la igualdad y autenticidad de la competencia y emulación, cuando se anudan entre firmas fuertes del mismo mercado, o - entre firmas de las que una es proveedora de la otra. Estos son los puntos fundamentales y sobre ellos, sine ira et studio, sin apasionamiento ni retórica ni estadísticas fatigosas, aparte de los datos indispensables (ver apartado siguiente), se van a centrar más adelante nuestras propuestas.

b) La concentración desde el Plan de Estabilización.

El Ministerio de Industria publica periódicamente sugestivos datos sobre la estructura del sector secundario, así como sobre los sectores mineros y energéticos, que administrativamente le han sido adscritos, datos que - ofrecen una panorámica muy estimable de las tendencias de - nuestra estructura industrial. A continuación reproducimos - una reciente estadística que cubre los doce años de 1959 a -

Año	Firmas partic.	Firmas result.	Fusión	Absorción	Capitales concentrados			
1959	... 49.....	12	.... 9.....	3.....	1.897	millones	pts	
1960	...243.....	11	.... 7.....	4.....	544	"	"	"
1961	... 82.....	16	....10.....	6.....	878	"	"	"
1962	... 34.....	13	.... 8.....	5.....	1.656	"	"	"
1963	... 28.....	10	.... 4.....	6.....	191	"	"	"
1964	... 43.....	8	.... 7.....	1.....	882	"	"	"
1965	... 88.....	32	....19.....	13.....	5.337	"	"	"
1966	... 92.....	18	.... 8.....	10.....	12.136	"	"	"
1967	... 39.....	13	.... 9.....	4.....	6.969	"	"	"
1968	...101.....	44	....29.....	13.....	24.069	"	"	( 350)
1969	...119.....	44	....25.....	18.....	33.448	"	"	( 351)
1970	... 73.....	30	....24.....	6.....	25.727	"	"	( 352)
<hr/>								
Total:...	991.....	251	...160.....	86.....	113.407	millones	pts	

Del cuadro sólo se deducen dos consecuencias significativas: primera, que el proceso ha sido modesto, por no decir exiguo, en proporción a la envergadura de la industria nacional, ya que cualquiera de las cifras de capitales concentrados que aparecen en la última columna es insignificante en comparación al capital global de la industria, incluso si sólo contamos las sociedades anónimas, o sea, dejando fuera las de responsabilidad limitada, las regulares colectivas y las comanditarias, amén de las numerosísimas empresas individuales y familiares; segunda, que en los últimos cinco años ha crecido espectacularmente el número de las empresas amalgamadas y el volumen de los capitales afectados, aunque en 1970 se haya apreciado un retroceso sensible respecto a la anualidad precedente. El número máximo de operaciones se alcanzó en el año 1960, con un número de 243 firmas refundidas, pero se

( 349) Economía Industrial, nº 89 (mayo 1971), pág. 172. Véase también artículo de EDUARDO FERNANDEZ MARINA, Las concentraciones de empresas en España (desde 1968), en Desarrollo, número del 7-12-1969, y el de FRANCISCO PRIETO MARSAL, con el mismo título, en la revista mensual Innovación-Empresa, del Instituto de Racionalización del Trabajo, enero 1971, págs. 25 a 32.

( 350) Hubo además dos integraciones por "transmisión onerosa", o sea, por traspaso de activos fabriles o de paquetes accionarios.

( 351) Hubo asimismo cuatro transmisiones onerosas.

( 352) Cifras aproximadas.

trata de un hecho excepcional, concretamente la integración de 216 pequeñas empresas panificadoras, casi todas ellas radicadas, por cierto, en Valencia.

Veamos ahora la distribución sectorial:

Sector	Firmas partic.	Firmas result.	Absorc.	Fusión	Capital con centrado
Químico....	54.....	24 .....	20.....	4.....	13.823 mill.
Eléctrico..	117.....	38 .....	31.....	5.....	47.995 " "
Textil.....	64.....	22 .....	14.....	8.....	2.451 " "
Alimenta- ción, bebi- das, tabaco.	414.....	38 .....	15.....	23.....	3.525 " "
Material de transporte.	53.....	19 .....	14.....	5.....	13.219 " "
Siderometalúrgico....	7.....	3 .....	1.....	2.....	9.882 " "
Metales no. férreos....	19.....	4 .....	4.....	-.....	2.482 " "
Transforma- dos metáli- cos.....	77.....	40 .....	28.....	12.....	5.006 " "
Construcción, vidrio y cerámica..	66:::	25 .....	17.....	8.....	4.067 " "
Minería....	26.....	9.....	5.....	4.....	6.894 " "
Madera, corcho y muebles ...	28.....	7.....	-.....	7.....	68 " "
Papel y ar- tes gráfi- cas.....	30.....	13.....	10.....	3.....	1.769 " "
Curtidos y pieles.....	4.....	2.....	1.....	1.....	27 " "
Diversos...	23.....	7.....	4.....	3.....	139 " "

Sólo en cuatro sectores se observan resultados de relieve:

- alimentación, tabaco y bebidas, donde, gracias a la fusión ya citada entre 216 fabricantes de pan en 1960, se registra la refundición de 414 empresas en sólo 38;
- electricidad, donde el volumen del capital aglutinado ha sido 47.995 millones de pesetas, aproximadamente la mitad -

- material de transporte, donde se superan los trece mil millones, y
- minería, donde la cifra de capital amalgamado casi llega a siete mil millones.

Sin embargo, las cifras del sector eléctrico son más espectaculares que reveladoras, más aparentes que reales. La verdad es que, salvo la absorción de HIDROELECTRICA DEL CHORRO y MENGEMOR por la poderosa COMPANIA SEVILLANA DE ELECTRICIDAD (CSE) y la adquisición de las acciones de HIDROELECTRICA DEL MONCABRIL (grupo INI) por la UNION ELECTRICA MADRIÑA, S.A. (UNEMASA), la inmensa mayoría de las operaciones ha consistido en la incorporación de pequeñas y numerosas distribuidoras de fluido y de algunas productoras comarcales por las grandes sociedades de su zona respectiva, cuyos capitales suman evidentemente varios miles de millones de pesetas. De ahí la cifra a primera vista tan alta de "capital concentrado" que arroja el ramo eléctrico; en puridad, son unos capitales ya cuantiosos que han absorbido a multitud de capitales modestos y aun cabe añadir que en muchos casos la firma absorbida era filial, total o parcialmente, de la firma adquirente. No se ha producido, pues, concentración stricto sensu, sino sólo -unificación jurídica y formal de patrimonios que no eran independientes.

Ahora bien, no se puede negar que en los últimos años se han dado amalgamas trascendentes o sea, concentraciones que verdaderamente modifican la fisonomía del mercado y, en algún caso, quizá la relación misma de fuerzas. Entre ellas citemos, naturalmente, todas las operaciones que han sido objeto de inscripción en el Registro, o mejor dicho, algunas como EXPLOSIVOS-RIO TINTO, ALUMINIO DE GALICIA, ASTILLEROS ESPAÑOLES, ALCAN-ENDASA, y otras que, aun no habiéndose

trayectoria de parcelas vitales de nuestra industria, por ejemplo, en el ramo siderúrgico, el traspaso en bloque de los activos fabriles de FABRICA DE MIERES, S.A., DURO-FELGUEIRA, S.A. y SOCIEDAD INDUSTRIAL ASTURIANA SANTA BARBARA, S.A., sin disolución de ninguna de las tres entidades, a la gran sociedad constituida por ellas mismas con el nombre de UNION SIDERURGIAS ASTURIANAS, S.A., abreviadamente UNINSA, y en la que, por cierto, el INI ha pasado a ser el socio mayoritario con el 68% del capital, vista la incapacidad del sector privado para cubrir la ampliación de aportaciones líquidas exigida por la construcción de la gigantesca factoría de Veriña (Gijón) Otro episodio también significativo ha sido, en los rodamientos de bolas, la adquisición por SOLER ALMIRALL, S.A. de Barcelona, de la fábrica INDUSTRIAS TARRAGONA, S.A., también con domicilio en la Ciudad Condal, con lo que se ha formado un potente grupo privado, probablemente como réplica a los preparativos, más tarde cristalizados, según vimos, de integración entre ENAROSA y SKF.

¿Qué se deduce de lo que antecede? Que indudablemente la concentración empieza a cobrar envergadura en los tres o cuatro últimos años, en el sentido apuntado de que por primera vez surgen en nuestro país empresas de categoría europea, como ASTILLEROS ESPAÑOLES, UNINSA y EXPLOSIVOS RIO TINTO, y es de esperar que, siempre que se salvaguarde la posibilidad de competencia y no se incurra en un gigantismo monopolístico no justificado por necesidades excepcionales, la economía española prosiga la vía recién iniciada. Buena prueba del enorme margen de maniobra disponible es el siguiente cuadro, que compara el número de firmas concentradas en diversos renglones industriales de 1959 a 1960 (según los números de las estadísticas citadas antes) y el número de firmas que subsistían en 1969 en esos mismos sectores (datos -



globales aproximados):

Nº de firmas concentradas  
en 1959 - 1960.

Nº de firmas subsistentes  
el año 1969

Alimentación, bebida y tabacos.....	398.....	más de 10.800
Transformados metálicos.....	77.....	más de 12.000
Construcción, vidrio y cerámica.....	57.....	más de 11.000
Químicas.....	42.....	más de 8.700
Textil.....	61.....	unas 4.800
Papel y artes gráficas.....	25.....	unas 7.000
Madera y corcho.....	28.....	unas 29.000

Recordemos, por fin, aunque ya no se trata de un argumento concluyente, sino sólo de ilustración adicional, - que las empresas punteras de la industria nacional no están ni remotamente en la lista de las doscientas o trescientas mayores firmas del mundo, y que sólo unas cuantas (por ejemplo, los Bancos Hispanoamericano y Español de Crédito) figuran entre las cien primeras del mundo en su sector respectivo. Se nos objerá con toda razón que, siendo la economía española en su conjunto de mucho menos envergadura que la de la mayoría de las naciones desarrolladas de Occidente, el hecho - es lógico y casi obligado; esto es cierto en líneas generales, pero no deja de constituir indicio de la gran atomización de nuestra industria. En cambio, naciones de menor volumen económico global que España, aunque de tecnología más avanzada y, en definitiva, de mayor grado de desarrollo, - ofrecen en sus renglones básicos una estructura mucho más - concentrada, gracias a lo cual algunas de sus firmas figuran en el catálogo de los "grandes". Por consiguiente, creemos que aún se puede y se debe avanzar por la senda de la - integración para alcanzar dimensiones de más rendimiento y rentabilidad; en otras palabras, no hay por qué creer que -

magnitud sea forzosamente sinónimo o condición de progreso, - no hay que ir a la integración porque sí, a la empresa grande por el mero hecho de que sea grande, pero de lo que no cabe duda es de que en nuestro país en la mayoría de los supuestos integración implica mejora.

Del aspecto cuantitativo pasemos a las causas o móviles de los actos fusionistas. Según la encuesta reciente de la Escuela de Organización Industrial, bajo la dirección - de don FRANCISCO PRIETO MARSAL (353), sobre una muestra de sesenta sociedades concentradas (42 eléctricas, 7 siderometalúrgicas, 3 del automóvil y 8 del mueble), el móvil superlativo alegado por los directivos fue el deseo de mejorar las perspectivas de beneficios a largo plazo, seguido del propósito de alcanzar rendimientos y rebajar costes a niveles competitivos en el plano internacional. Otra justificación era - la política de desarrollo del mercado final mediante la absorción de elementos intermediarios o de empresas consumidoras - del artículo fabricado por la adquirente, y algunos interrogados aludieron también a la necesidad de reagrupar experiencias técnicas. En cambio (matiz, a nuestro juicio, sugestivo), sólo el diez por ciento de los preguntados adujeron, y por cierto en tercer lugar, la finalidad de "eliminar prácticas competitivas perjudiciales", lo cual parece confirmar que las concentraciones suelen tener en España propósito más bien técnico que monopolístico.

#### c) Política oficial de concentración.<sup>7</sup>

Ya el primer Plan de Desarrollo Económico-Social (354) preveía (artíc. 25) que el Estado favoreciese, "con la colaboración de la Organización Sindical, las agrupaciones de empresas, fusión de instalaciones y todas - (353) Artículo citado de Innovación-Empresa, pág. 28, nota - (354) Ley 194/1963, de 28 de diciembre (BOE del 30-XII), ver capítulo "productividad".

cuantas acciones empresariales redunden en la formación de unidades de producción y de procesos distributivos más adecuados, siempre y cuando no constituyan prácticas restrictivas de la competencia". Como se advierte, el precepto prevé tres categorías fundamentales: la sociación más o menos orgánica entre firmas que, sin embargo, conservan su personalidad independiente, la refundición unitaria de plantas fabriles y la simple cooperación empresarial. Adviértase incidentalmente que el legislador ha captado con acierto la posibilidad siempre potencial de fricción o conflicto entre la exigencia de concentración y el imperativo de la libertad de competencia. Asimismo se encomendaba a "los departamentos ministeriales" que "dentro de sus respectivas competencias" dictaran o, en su caso, propusieran al Gobierno "las medidas oportunas de orden fiscal, administrativo, técnico y laboral para el cumplimiento de los fines señalados en los apartados anteriores".

Pero no era la integración de empresas el único camino legal que el Plan abría a las amalgamas, ya que indirectamente, implícitamente, el régimen de acción concertada (artíc. 5º) se refería a ella, al decir que las "bases" del concierto voluntario entre las empresas de un sector determinado y la Administración Central (355) podrían "versar", entre otros puntos, "sobre los volúmenes de producción que deban alcanzarse,... medidas de racionalización y abaratamiento de costes...". Como se sabe por experiencia general, una de las acepciones sobreentendidas de la palabra "racionalización" en economía, es la agrupación, incluso la fusión, de empresas.

Por lo que atañe al primer precepto transcrito, se recuerda

---

( 355 )La elaboración se hace conjuntamente por el Ministerio competente y el de Hacienda, con informe de la Organización Sindical y la Comisaría del Plan, y dentro siempre de los objetivos del Plan, y una vez elaboradas, las Bases tienen que ser aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

cordará que, en la parte que le incumbía específicamente, el Ministerio de Hacienda dictó las medidas adecuadas a su aplicación, concretamente la importante y citada Orden de 5 de abril de 1965, aparte de que la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 ya había dado cumplimiento (artíc. 107) a las directrices del Plan (vide supra, capítulo IV). En cuanto a la acción concertada, las diversas Ordenes de la Presidencia del Gobierno dictadas para cada uno de los sectores beneficiarios suelen imponer a las empresas deseadas de acogerse a las ventajas del régimen la condición de "reestructurarse" mediante la "fusión". Así, la de 28 de agosto de 1964 (BOE del 28 de agosto), relativa al calzado, fija, entre otros, el "objetivo" (artíc. 1º, párr. III, apart. 2) de "reestructurar las empresas... mediante la concentración o ampliación de instalaciones, la fusión de empresas o el establecimiento de servicios comunes...", añadiendo que "se considerará como especial objetivo el evitar la subsistencia de unidades de producción que cuenten con menos de 25 puestos de trabajo". Por su parte, la Orden de 22 del mismo mes y año (BOE también de 28 de agosto), sobre bases para la siderometalurgia, incluye el propósito de favorecer la concentración en la medida necesaria para que las acerías alcancen "los costes y dimensiones convenientes" (356). Las bases para las conservas vegetales (O.P.G. también de 22-8-1964 BOE de 31 de agosto) han transcrito literalmente la del calzado, especificando, además, que la empresa o grupo de empresas acogido al concierto deberá elevar al término de és-

(356) Sin embargo, la Orden del Ministerio de Industria de 18-11-1964, por la que se aprobó el Programa Siderúrgico Nacional (BOE del 18-11-1964), disponía de forma más rotunda e imperativa (artíc. 2, 2, 4, apart. c) para las plantas integrales que se iría a la "concentración en un grupo de empresas para el establecimiento de una planta ... integral de capacidad no inferior a un millón de toneladas métricas, que entre en funcionamiento a primeros de 1972" (o sea, UNINSA).

ladas, como mínimo, de materias primas. Disposiciones andólogas contienen las bases para el sector harinas (OPG de 16-8-1965, OBE del 24 de agosto, artíc. 1º, Norma III, apart. 2º), la hulla (OPG de 30-3-1965, BOE del 3 de abril), papel y cartón (OPG de 17-7-1965, BOE del 20 de julio, Base 3ª, párr. 5º), industrias navales (OPG de 26-7-1967, BOE del 27-7, norma IV, párrafo 1), minería del hierro (OPG del 15-9-1967, BOE del 20-9-1967, Base 1ª, párr. 2º) y curtición (Orden del Ministerio de Industria de 7-12-1968, BOE del 12 de diciembre), sin contar las numerosas disposiciones dictadas o por la propia Presidencia o por el Ministerio de Industria en prórroga del plazo originario otorgado para la solicitud de beneficios en los ramos citados.

Digamos incidentalmente que la generalización de la acción concertada y del otorgamiento de beneficios fiscales ha terminado por promover la reforma parcial de la Ley de Sociedades Anónimas, concretamente en cuanto al derecho de separación de los accionistas disidentes del acuerdo de fusión o absorción (artíc. 144, en relación con el 135). En efecto, la Ley 83/1968, de 5 de diciembre (BOE del 7 de diciembre) reduce en su artíc. único a un mes el plazo trimestral general para el ejercicio del derecho a separarse de la sociedad y obtener el consiguiente reembolso del valor de las acciones conferido a los accionistas que se hayan opuesto al acuerdo fusionista en la Junta general que lo hubiere adoptado, así como a los que no hayan asistido a dicha Junta. Correlativamente se reduce de tres meses a uno el plazo suspensivo de la ejecución del acuerdo integrador, siempre que se trate de "fusión de sociedades acogidas al régimen de acción concertada o en los que se declaren de aplicación por el Ministerio de Hacienda cualesquiera beneficios fiscales reconocidos por las disposiciones vigentes para la concentración de empresas".

A su vez, el segundo Plan de Desarrollo Económico-Social (texto refundido aprobado por Decreto de 9 de mayo de 1969, BOE del 24 de mayo) no ha hecho, en este punto, más que reproducir literalmente (artíc. 60, párrs. 1, 2 y 3) las disposiciones del primero en materia de "productividad" del sector industrial y se ha preocupado asimismo de la "concentración de empresas" en el sector agrario (artícs. 18 y 19, que son trasunto del artíc. 14 del primero).

Actualmente la tónica del Ministerio de Industria parece consistir, según declaraciones reiteradas de sus titulares sucesivos, en promover, dentro de cada uno de los sectores básicos, dos grandes grupos, a ser posible, uno público y otro privado, o a lo sumo tres complejos importantes objetivo que, según vimos, se ha conseguido plenamente en la siderurgia, el aluminio y los rodamientos de bolas, y que se está persiguiendo ya en los astilleros, sobre todo si se considera la reciente compra por el INI de la mayoría de las acciones de la empresa privada ASTILLEROS DEL NOROESTE, S.A. (ASTANO), cuyas instalaciones, fundadas por el grupo BARRIE DE LA MAZA, radican en la ría del Ferrol. En cambio, en la industria del automóvil, que es de todas las punteras la más menesterosa de integrarse para lograr series de envergadura internacionalmente viable, las dificultades son mucho mayores por la dependencia de todas las fábricas nacionales de patentes extranjeras; en este como en otros sectores, cabe dictaminar que el vasallaje técnico es el freno automático de la concentración. Por el contrario, en el grupo químico hemos comprobado cómo se ha consumado, con pleno apoyo del Departamento, la integración de RIOTINTO y UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, frente a las cuales queda S.A. CROS como gran rival (si bien con una participación accionaria muy importante del grupo griego NIARCHOS), aunque resurgen últimamente los rumores sobre una probable integración de ésta en forma gradual. Se

francés en sus Planes sucesivos de Desarrollo, especialmente para la siderurgia (ver capítulo anterior, CECI), los astilleros, los abonos nitrogenados, la química de base, la construcción aeronáutica y la electrónica. Diríase que gran parte de Europa opta oficialmente por el oligopolio como forma óptima de organización de los mercados nacionales en la era de los grandes bloques interestatales,

#### 4.- Bases para un posible régimen jurídico de la concentración en el ordenamiento de la competencia.

Expuesta la situación legal vigente y resumida la tendencia de la economía nacional, así como la política del Gobierno, tenemos ya los antecedentes y hechos propicios a sugerencias de lege ferenda, es decir, de reforma legislativa, inexcusables en una tesis doctoral que, conforme a su naturaleza, no se limita a describir, sino que aspira a enjuiciar y a proponer soluciones concretas. Mas antes de formular esas aspiraciones, conviene bosquejar muy brevemente, a guisa de compendio de los apartados anteriores, los puntos de referencia económica que todo régimen jurídico de integración societaria debería seguir en España, ya que éste es el sentido y misión del derecho: partir de lo que existe para regularlo y, según proceda, desarrollarlo o corregirlo; construir sobre la sociedad real las condiciones para una sociedad mejor, a igual distancia de dos extremos viciosos, que son el puro conservadurismo o quietismo de lo vigente, sólo porque está ahí, y el dogmatismo del ideal y del progreso sin atender a sus posibilidades de realización. Del mismo modo que los escolásticos sostenían en Teoría del conocimiento la validez de los conceptos "universales" siempre que se formularan "cum fundamento in re", preconizamos aquí la necesidad de una reforma normativa "cum fundamento in economia".

En primer lugar, es inexcusable reconocer una realidad palmaria, que, aun exagerada por muchos con más arbitrio que profundidad, no deja de constituir una rémora de nuestro desarrollo industrial: salvo excepciones, por fortuna cada día menos aisladas, la empresa española sigue siendo muy pequeña en relación a los niveles exigidos por la técnica y por el proceso de paulatina incorporación de nuestra economía al mercado internacional, y que, según hemos demostrado, subsiste en la mayoría de los sectores un amplio margen de aglutinamiento no monopolístico.

Ahora bien, de lo que antecede no se sigue ni puede seguirse que toda integración, por el hecho de existir, merezca apoyo y fomento; que sea necesario impulsar en España - las concentraciones no quiere decir que cualquier amalgama sea deseable y constructiva. Unicamente hay que propulsar - los actos de auténtica reorganización de estructuras anticuadas o insuficientes, las operaciones susceptibles de crear - empresas verdaderamente modernas y dinámicas, capaces de - afrontar, por sus recursos financieros y su volumen de negocios, las oscilaciones de la coyuntura y sobre todo, la competencia internacional. No se trata de ir al gigantismo, como ha puntualizado el Ministerio de Industria, poco sospechoso de hostilidad a la refundición empresarial, sino simplemente de forjar unidades fuertes.

Corolario de lo que precede es la necesidad - inexorable de que la legislación de amalgamas, tanto en el - aspecto fiscal como en el de defensa de la competencia, matice y distinga, siquiera grosso modo, siquiera aproximadamente, entre concentraciones "buenas" y amalgamas "malas", del mismo modo que, bien o mal, con éxito o sin él, con o sin razón, la jurisprudencia del Supremo de los Estados Unidos ha tenido que reconocer, siguiendo a TEODORO ROOSEVELT, que -



existen buenos y malos trusts, restricciones benéficas y restricciones injustificadas de la competencia. Claro es que hay una diferencia esencial en el punto de partida: mientras en Norteamérica el principio básico, la presunción general, era que los trusts eran malos per se, y luego la idea se fue irrisando y se admitieron excepciones, en España hay que partir, no diremos que de la idea contraria, lo cual sería excesivo, pero sí de una presunción más bien favorable a las integraciones, sin perjuicio de someterla a salvedad en casos bien tipificados. Empresa ciertamente delicada y peligrosa en el plano de la técnica jurídica: ¿dónde fijar la demarcación entre lo bueno y lo malo para la economía nacional, dentro de un régimen de economía libre? Esta es la cuestión.

Arriesguémonos a sugerir que, en general, son enconiables las fusiones y absorciones, así como las transferencias de activos, porque en principio tienden a la refundición total, a la reorganización completa de las empresas que se amalgaman, no simplemente a la yuxtaposición de instalaciones y a henchir las plantillas, aunque la experiencia de los últimos años nos ofrezca algún ejemplo poco edificante, como la "fusión a la italiana" EDISON-MONTECATINI (nombre actual, MONTEDISON), que brindamos al ingenio y gracejo inagotable de los realizadores de Cinecittá. En cambio, consideramos con la máxima prevención, por no decir hostilidad, las compras de paquetes accionarios de firmas competidoras, incluso de proveedores o clientes, cuando versan sobre una proporción capaz de conferir el dominio político de la participación, y con más motivo aun desconfiamos de las participaciones cruzadas o recíprocas, pues entrambas figuras suelen dirigirse en general a la conquista de posiciones en el mercado, dicho más claramente, a eliminar la competencia, y no a reorganizar la estructura productora o fabril. Del mismo modo es negativo nuestro juicio sobre las conexiones de conse-

jeros o directivos entre firmas rivales o situadas en relación vertical de proveedor a cliente, práctica que debería ser limitada rigurosamente, en nombre del orden público económico. Claro es que cabrá objetar% ¿y si una de las firmas participa en el capital de la otra, con qué derecho vamos a prohibir a la primera que nombre en la segunda los consejeros proporcionalmente correspondientes? Así formulado, el argumento es irreprochable, con arreglo a la lógica elemental del derecho de sociedades. Es más, preferimos la comunidad declarada de directivos a la conexión clandestina mediante testaferros u "hombres de paja", que tiene los inconvenientes de la colusión sin las ventajas de la publicidad. Por eso consideramos poco prudente la prohibición radical, pero sí abogamos por la limitación del número máximo de puestos de consejero que una persona pueda desempeñar en varias sociedades, y sobre todo, por la prohibición de que un individuo ostente cargos propiamente ejecutivos en más de una compañía, ya que esos puestos son precisamente los que llevan aparejada la dirección comercial de la empresa.

Sin embargo, se nos plantea en conciencia un problema respecto a las participaciones accionarias como técnica concentradora. Puede suceder, y de hecho ocurre a menudo, que una entidad adquiera gran parte del capital de otra, aunque no sea la mayoría, como paso preparatorio para una absorción total que de momento no puede realizar y con un propósito legítimo de reorganización o expansión industrial o comercial susceptible de beneficiar a la economía nacional, - sin que por eso se forme necesariamente un monopolio o una posición de dominio excesivo del mercado. Sería injusto en esta hipótesis penalizar una operación menos restrictiva, a fin de cuentas, que la fusión o absorción formal, y más fácil, evidentemente, de anular o de resolver que la amalgama

total, y más aun si responde a objetivos tolerados o quizá fomentados por el Gobierno. De ahí que no quepa, a nuestro juicio, solución simplista y uniforme para el régimen de participaciones accionarias de control entre empresas competidoras o entre firmas situadas en relación comercial de suministro entre sí. Por el contrario, convendría matizar dos situaciones: por una parte, el paquete que se adquiere con el simple ánimo de dominar el mercado o, al menos, de expandir la adquirente su proporción del mismo o simplemente de neutralizar la competencia que le hace la participada, o de asegurarse en condiciones privilegiadas los suministros que la segunda le hace, sin que haya compensación o contrapartida en forma de plan de racionalización; por otra parte, la participación que obedece a una voluntad sistemática de desarrollar o reorganizar un sector productivo, aunque tenga, quizá, como resultado la formación de un monopolio o de una situación dominante. En la primera hipótesis creemos que, sin llegar a soluciones tan radicales como la prohibición pura y simple, el ordenamiento jurídico dispone de armas eficaces de tipo disuasorio, como se ahora se dice, concretamente el no otorgamiento o la privación a la participante del régimen de exención parcial de las participaciones intersocietarias a efectos del Impuesto sobre Rentas del Capital; en la segunda hipótesis, por el contrario, debe el ordenamiento fiscal otorgar apoyo a la acción integradora, a menos que la Administración demuestre que el objetivo de racionalización se podría conseguir con los mismos resultados por otros medios. Por eso sugerimos la posibilidad de que, en punto a la compra de participaciones societarias de entidades rivales, proveedoras o clientes, la Administración supedita el régimen especial descrito a un compromiso formal de la firma participante, si el paquete comprado supone el control efectivo de

la participada, de acometer en un plazo razonable un plan de modernización o expansión industrial, a menos que la proporción del mercado nacional cubierta por una y otra compañías no sea de mayor consideración, y no haya peligro, por lo tanto, para la competencia libre en el sector.

Cabe, por último, plantearse la cuestión de si es conveniente para España introducir un régimen de control preventivo de fusiones, problema que, acaso, reviste carácter previo a las recomendaciones concretas de reforma y que por eso se incluye en el presente apartado, considerando la gran incidencia psicológica que el tema es susceptible de ejercer en los medios empresariales. Sinceramente opinamos que no sería oportuno ni procedente en el estadio actual de nuestro desarrollo, y menos aun a raíz del pésimo ejercicio industrial de 1971, implantar un régimen que únicamente algunas de las economías más adelantadas, y aun así parcial y matizadamente, han adoptado; no sólo no hay suficiente volumen de negocios, sino que, por añadidura, la medida surtiría efectos desalentadores en los grandes planes de inversiones. Pero la observación no significa que el Estado deba permanecer indiferente frente a concentraciones capaces de conducir al monopolio o a situaciones de dominio no justificadas por ineludibles necesidades técnicas o por una apremiante competencia internacional. Supuesta la réplica de que ya la legislación fiscal de concentración de empresas dice explícitamente que se otorgarán las bonificaciones fiscales a las amalgamas que no supongan monopolio, conviene no olvidar que esta normativa necesita ser completada, pues se ha formulado con vaguedad de concepto e insuficiencia de efectos administrativos según intentaremos demostrar.

b) Un precedente útil: la legislación bancaria.

Igual que en los demás países capitalistas, -

existe un antecedente concreto y por añadidura en plena vigencia, que es la regulación especial del negocio bancario, sobre todo desde la guerra civil, normativa basada fundamentalmente en la previa autorización gubernativa para la creación de bancos (principio del statu quo bancario), un tanto suavizada últimamente mediante una legislación de dimensiones mínimas obligatorias de capital para la fundación de establecimientos, o la apertura de sucursales y agencias urbanas, - aspecto igualmente flexibilizado en los últimos tiempos, y asimismo para la refundición de las entidades existentes, ora fusión, ora por adquisición de valores accionarios que supongan la totalidad o la mayoría del capital. Se trata, pues, - de un control de amalgamas verdaderamente preventivo, cuya primera expresión categórica reluce en el artículo 45 de la hoy superada Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 (BOE del 1º de enero de 1947), que requería autorización del Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario, para diversas clases de operaciones societarias, entre ellas (apart. c) "los acuerdos entre firmas bancarias sobre traspaso de oficinas, absorciones y fusiones, así como.. la adquisición de títulos representativos del capital de - otras empresas bancarias, cuando esta adquisición lleve de - hecho anejo el control de las mismas". Sólo con alcance incidental, reparemos en que la disposición transcrita utiliza - ya la palabra control en la acepción anglosajona de dominio virtual de una firma a través de la participación en su capital, y no en el sentido francés de mera vigilancia o supervisión; el concepto representa, pues, un jalón en la técnica de nuestro ordenamiento. Además, el artículo 48 exigía "previa autorización de la Dirección General de Banca y Bolsa para realizar suscripciones, compras, canjes o adquisiciones, en general, de acciones o participaciones en el capital social de otros bancos o banqueros españoles", con lo cual se

cubrían todas las hipótesis de ayuntamiento normalmente imaginables.

Tanto rigor constituía, en cierto modo, una elemental compensación al statu quo, o sea, dicho llanamente, a la congelación impuesta en materia de creación de bancos, desde la óptica competitiva. Si con la prohibición virtual de nuevos ingresos se vetaba la entrada de competidores en el coto financiero, como contrapartida se instituía la veda de amalgamas para impedir que los privilegiados cazadores se repartiesen sin esfuerzo ni rivalidad el codiciado monte del ahorro nacional.

El nuevo ordenamiento del crédito y la banca desarrollado por la Ley de Bases de 14 de abril de 1962( BOE del 16 de abril) ha dado agilidad al sistema, si bien manteniendo, por el momento, lo esencial de su estructura (357). En primer lugar, se pretende impulsar paulatinamente, sin coacción ni radicalismo, la evolución de una banca que, a semejanza de la alemana, ha sido desde su mismo origen de tipo mixto, o sea, comercial e industrial a la vez, hacia el régimen de especialización, es decir, de separación entre institutos comerciales, dedicados estrictamente a operaciones de descuento y de crédito a corto plazo, e institutos industriales o "de negocios", centrados en la promoción de empresas y en el crédito a largo plazo, según el modelo inglés y norteamericano, lo cual tiene, como veremos, repercusión indirecta

( 357)La Base sexta encomienda al Gobierno, en seis apartados, la regulación de prácticamente todos los aspectos posibles de organización y funcionamiento, si bien únicamente nos interesan los siguientes:

..... -b)....limitación de las compras futuras por los bancos, con fondos de sus clientes, de acciones o participaciones de sociedades que ya estén en funcionamiento;

.....-d) limitación de la participación accionaria de los bancos en las sociedades que promuevan en el futuro;

-e) normas necesarias para evitar ulteriores expansiones de la influencia de los bancos mixtos sobre las empresas privadas y especialmente sobre otros bancos; y, por último,

-f) fijación del régimen conveniente de incompatibilidades por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda, respecto a los cargos directivos y ejecutivos.

en el problema de la integración bancaria. En segundo término, se ha suavizado el sistema de licencia previa para establecer bancos, así como el control previo de fusiones y, por último, se ha abordado expresamente la limitación del volumen de crédito que cada establecimiento puede otorgar a las empresas en que posea participación accionaria o tenga consejeros comunes. En fin, se ha tratado de resolver, o al menos de reducir a volumen razonable, el fenómeno de la acumulación de cargos directivos entre bancos, así como de bancos y sociedades industriales.

Resumamos los rasgos del sistema hoy en vigor en lo que afecta directa o indirectamente a las figuras de concentración estudiadas en esta tesis:

a') Régimen de licencia previa para amalgamas..- Es, manifiestamente, el punto esencial de nuestro estudio, y se puede afirmar que en él continúa virtualmente incólume el sistema de 1946 que, según vimos, supedita la fusión de Bancos al permiso de la autoridad ministerial, y lo mismo la adquisición del total o de la mayoría de las acciones de un Banco por otro Banco o por persona física registrada como "banquero", incluso la compra de un paquete minoritario, con lo cual se cierra o se abrocha un riguroso control preventivo. La única novedad, por lo demás puramente adjetiva, es que las funciones de la suprimida Dirección General de Banca, Bolsa e Inversiones del Ministerio de Hacienda son ahora ejercidas por el Banco de España( 358). En lo demás, siguen en vigor los artículos 43 y 46 de la Ley de 1946, que cabe resumir en

(358) El Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, sobre nacionalización y reorganización del Banco de España, habla en su preámbulo de que para robustecer las prerrogativas del Banco frente a la Banca privada, se le atribuyen "funciones que hasta ahora estaban encomendadas a la Dirección General de Banca, Bolsa e Inversiones". y la parte dispositiva (especialmente el art. 17, titulado "Inspección") confía al Banco tareas que efectivamente eran antes de esa Dirección, la cual fue posteriormente suprimida por el Decreto 2.908/1962, del 15 de noviembre (B.O.E. del 16 de noviembre).

los puntos siguientes:

- 1) Se requiere consentimiento del Ministerio de Hacienda, - previo informe del Consejo Superior Bancario, para fusiones, absorciones y traspasos de oficinas entre bancos, así como - para la adquisición por un Banco o un banquero registrado de una participación accionaria dominante en el capital de otro Banco o banquero.
- 2) Se requiere autorización del Banco de España para la compra o adquisición por un Banco o banquero registrado como tal de participación minoritaria en el capital de otro.
- 3) La legislación en vigor deja, pues, una laguna teórica- mente considerable, aunque de hecho es difícil el supuesto no considerado llegue a darse: la adquisición por persona fí sica o jurídica que no esté matriculada como banquero, de - participaciones accionarias, dominantes o no, en el capital de cualesquiera bancos, con lo que resultaría que una empre- sa o una persona cualquiera puede alzarse, por vía bursátil o sin necesidad, siquiera, de acudir a la Bolsa, con el do- minio virtual de uno, dos o más bancos, si bien es verdad - que para controlar un Banco de envergadura nacional serían cuantiosas las sumas requeridas, aparte de que la maniobra - forzosamente exigiría tiempo y daría lugar a que se enterasen los círculos financieros y la Administración. La hipóte- sis no es, por lo tanto, probable, como decíamos, pero no ca- be excluirla, y convendría, por consiguiente, precisar la - normativa incluyendo el caso entre los ya sometidos a licen- cia gubernamental.

b') Repercusión del principio de especialización.- Se prohi- be que en el capital de la nueva banca comercial participen los bancos existentes y las sociedades o empresas en que al- guno de ellos participe o tenga algún consejero común (artíc. 1º, apart. b, del Decreto 1.312/1963, de 5 de junio), si bien una disposición posterior (decreto 1.661/1963, de 24 de ju-



lio, B.O.E. del 15 de agosto) atenúa el precepto, autorizando al Ministerio de Hacienda a conceder permiso para la "adquisición y tenencia de tales participaciones" cuando concurren "circunstancias excepcionales y previo informe del Banco de España". Para los bancos industriales, la norma es menos rigurosa, pues se admite expresamente que en su capital participan institutos de la misma naturaleza, con la única limitación de que no se rebase el cincuenta por ciento (artíc. 3º del Decreto-Ley 59/1962, de 29 de noviembre).

-c') Incompatibilidad de cargos directivos.- Es, quizá, el aspecto más conocido, porque se refiere a la manifestación por antonomasia más espectacular, y en el terreno político la más especulada, de la estructura bancaria. Recordemos, a título de ejemplo, las listas de consejeros comunes (359) de los principales institutos, así como los diagramas y cuadros de conexiones directoriales entre ellos o entre grandes bancos y las mayores firmas industriales del país (360), listas cuya repercusión obligó moralmente al Gobierno a cumplir el mandato de la Ley de Bases de 1962 en lo relativo a limitación de las compatibilidades, presentando a las Cortes el correspondiente proyecto de ley articulada, en la primavera de 1968. Gracias a esta iniciativa, y no sin que la Comisión de Hacienda introdujera sustanciales modificaciones, cuenta hoy el ordenamiento español con una norma limitativa de la acumulación de puestos directivos en la Banca privada, si bien un tanto platónica por carencia casi total de un sistema efectivo de sanciones, a saber la Ley 31/1968, de 27 -

(359) Cfr. entre otros RAMON TAMAMES, La lucha contra los monopolios, y JUAN VELARDE, Sobre la decadencia económica de España. Con posterioridad a la Ley de Incompatibilidades, ha publicado JUAN NUÑOZ El Poder de la Banca en España, que asimismo contiene extensa relación.

(360) Cfr., en especial, el número extraordinario de CUADERNOS PARA EL DIALOGO (abril de 1968) sobre "La Banca privada", al que cabe considerar como una de las causas próximas del proyecto de Ley de Incompatibilidades.

de julio (D.O.E. del 29-7-1968, con el extenso título de Ley por la que se establece el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada"). El texto ofrecía, en verdad, coyuntura espléndida para regular el aspecto concreto de la competencia auténtica entre los bancos y el poder de las entidades punteras del mercado financiero español, pero, por razones políticas, en parte justificadas, se ha reducido a limitar las posibilidades de simultaneidad en el desempeño de cargos rectores. Es obligado, es justo, señalar que las Cortes han añadido cláusulas que facultan al Gobierno para poner tope al volumen de crédito otorgable por cada Banco a sus empresas filiales, con lo que se vela, al menos en intención, por el mantenimiento del principio de igualdad de oportunidades de financiación y, en definitiva, de competencia. Este es el balance, más bien parco, de una propuesta gubernamental que el Procurador JESUS FUEYO calificó certeramente, durante los debates de la Comisión, de "anticapitalista, sin atreverse a ser socialista". Resumamos sus preceptos:

1) Limitación del número de cargos acumulables.— Según el artíc. 1º, "los Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros o Administradores, Directores Generales y asimilados a estos últimos de Bancos privados que operen en España, no podrán desempeñar cargos análogos en otros Bancos ni formar parte de más de cuatro Consejos de Administración en sociedades anónimas españolas". Se añade (párr. 2) que, en todo caso, los Consejeros-Delegados y Directores Generales de bancos privados y otros titulares que tengan atribuidas las funciones ejecutivas que habitualmente corresponden a los primeros no podrán ocupar simultáneamente en otro Banco o sociedad anónima los mismos cargos ni otros equivalentes.

Se advierte claramente una dualidad de tratamiento: por una parte, quien sea Presidente, Vicepresidente, simple

Consejero o Administrador de un Banco privado no podrá desempeñar en otros Bancos ni en más de cuatro sociedades anónimas no bancarias ninguno de estos cargos ni el de Consejero-Delegado o Director General; por otra, quien sea Consejero-Delegado o Director General de un Banco privado podrá ser al mismo tiempo Presidente, Vicepresidente, simple Consejero o Administrador en otras cuatro sociedades anónimas no bancarias, o sea, igual que en el apartado anterior, pero no podrá, en cambio, ocupar en ellas el mismo cargo de Director general o Consejero-Delegado. La ley establece, pues, absoluta incompatibilidad para las funciones propiamente ejecutivas e incompatibilidad relativa para las presidenciales, las consultivas y las de mera administración.

No obstante, se hacen salvedades que suavizan el principio: así, no se computarán (artíc. 1.º, párr. 3) dentro de ese máximo de cuatro los cargos ostentados en sociedades anónimas de las que los propios interesados o su cónyuge, ascendientes o descendientes, juntos o por separado, sean propietarios de un número de acciones no inferior al que resulte de dividir el capital social por el número de vocales del respectivo Consejo de Administración. La excepción se ha configurado con criterio restrictivo, a fin de que sólo puedan beneficiarse de ella quienes, por el volumen relativo de su participación financiera en otra empresa, tengan interés indiscutible en acceder al Consejo de Administración.

Otra excepción es la compatibilidad de los cargos desempeñados en bancos industriales y los de administradores o consejeros de sociedades anónimas promovidas, fundadas o reestructuradas por aquéllos, o en las que dichos bancos posean participación importante, entendiéndose por tal la titularidad de acciones en cuantía superior a veinte millones de pesetas o a la quinta parte del capital desembolsado.

Ahora bien, las excepciones tienen asimismo su límite, es decir, su propia excepción, pues, de lo contrario, cabría burlar el principio mismo de la limitación de cargos, y así el legislador ha fijado en todo caso (artíc. 4º) un "techo" absoluto de ocho puestos de Consejero(361)

De todos modos, es palmario que las Cortes paliaron considerablemente el rigor, quizá excesivo, del texto gubernamental, cuyo artículo 1º prohibía tajantemente, sin matices ni distinción, la compatibilidad de un cargo bancario de los especificados y otro semejante en otro Banco "u otra sociedad mercantil".

2) Prohibición de la rperesentación bancaria del accionista en las Juntas Generales.- Se dispone, efectivamente (art.3º del proyecto y 6º de la Ley definitiva), que "los consejeros o administradores de Bancos privados no podrán ostentar en las Juntas generales de otras sociedades la representación de acciones, propiedad de otras personas, depositadas en el Banco de que sean consejeros, salvo que dichas acciones pertenezcan a su cónyuge, ascendientes o descendientes". El precepto, que supone virtualmente, al menos en teoría, eliminar, proscribir, una institución bastante arraigada en nuestra práctica bancaria, equivalente al Depotstimmrecht alemán, ha sido acertadamente objetada (vide supra, Capítulo III) por especialistas del Derecho Mercantil, los cuales han apuntado (362) el riesgo de abrir un portillo a los testaferros, a la representación clandestina por el Banco, con posibilidad muy remota de conocimiento y casi nula de impugnación.

---

(361) También según el art. 3º, se podrán computar dentro del límite del art. 1º, por una parte, los cargos ejercidos en la Banca mixta en relación a las funciones similares ostentadas en los Bancos industriales creados por aquéllos, y por otra parte, los cargos aludidos en el mismo art. 1º respecto a los de carácter análogo en los Bancos vinculados, previa su calificación a estos efectos por el Banco de España.

(362) Cfr. ANTONIO PEDROL RIUS, op.cit., Madrid, 1968.

les..- También la Ley 31/1968 ha regulado por primera vez este punto, haciéndose eco del reproche de favoritismo crediticio que se solía hacer a la Banca privada en relación con las empresas filiales. Por un lado, en efecto, se prohíbe (art. 5º, párr. 1) que los ejercitantes de cargos directivos obtengan avales, créditos ni garantías del Banco en cuya dirección o administración participen, "salvo autorización expresa del Banco de España", y por otra se prevé que, a propuesta del Ministerio de Hacienda y tras informe del Banco de España y del Consejo Superior Bancario (art. 5º, párr. 2), "El Gobierno.... determinará el límite de los créditos, garantías o avales que los bancos comerciales y mixtos puedan conceder a las personas naturales o jurídicas o a un grupo de empresas filiales", límite que no<sup>/se</sup> podrá rebasar sin autorización del Banco de España y que será general y objetivo, fijándose "en función de los recursos del propio Banco y, en su caso, de los de la persona o empresa solicitante del crédito".

Este aspecto, que es, según se recordará, uno de los criterios enunciados por el Tratado de la CECA para definir el concepto de concentración intersocietaria, es el punto más positivo de la Ley, dentro de la óptica de igualdad de oportunidades competitivas entre las empresas industriales, en la medida innegable en que esas oportunidades dependen del acceso abundante al crédito bancario.

La Ley ha sido desarrollada fundamentalmente por el Decreto 702/1969, de 26 de abril (BOE del 29 de abril) que, por una parte, crea en el Banco de España el Registro Oficial de Altos Cargos de la Banca y estipula sanciones, no muy gravosas, por cierto, contra quienes violen lo dispuesto en materia de incompatibilidades, y, por otro, al referirse a la posibilidad de limitar la masa de crédito a las empresas filiales, prefigura el concepto de "grupo de empresas" -

en el ordenamiento español (art. 6º), diciendo que se considerará como grupo de empresas filiales de un banco "el conjunto de todas aquellas en cuyos respectivos capitales participe el Banco directa o indirectamente en un 20 por 100 como mínimo". En materia de limitación de créditos, sienta el artículo 3º - varias reglas básicas: primera, "el límite de los riesgos", o sea, el volumen de crédito, que un Banco comercial o mixto - puede mantener con una persona natural o jurídica o con un - grupo de empresas filiales se establece en el dos y medio - por ciento de la suma de recursos propios y ajenos del Banco, entendiéndose por recursos propios el capital desembolsado más las reservas expresas, y por recursos ajenos no sólo los depósitos e imposiciones en cuentas corrientes o de ahorro a la - vista o a plazo, sino también los acreedores en moneda extranjera (sin que puedan computarse en caso alguno los saldos interbancarios); segunda, la suma de los "riesgos individuales contraídos por un Banco comercial o mixto" cuyo importe por titular sea superior al 2% (dos por ciento) de la suma de recursos propios y ajenos del banco, no podrá exceder la mitad de los riesgos totales de la entidad, precepto que, sin embargo, está en suspenso; y tercera, se computan como riesgos de un mismo titular, es decir como créditos concedidos a la misma persona, el conjunto de los "contraídos" con un grupo de empresas filiales del banco. Para rebasar los límites legales en un caso determinado, será necesaria autorización del Banco de España.

e') Balance provisional del nuevo ordenamiento. - Los ocho años de vigencia del régimen instaurado en 1962, paralelamente a la relativa liberalización del sistema económico, inducen a esbozar una impresión general, ya que no a una conclusión. El levantamiento del statu quo ha dado frutos discretos, pues - más de una docena de bancos comerciales han recibido autori-

zación, si bien es de suponer que transcurran años y probablemente décadas para que los nuevos establecimientos alcancen - envergadura comparable a la de grandes institutos que operaban en 1962. Se comprueba, pues, cierto grado de pliopolio, que podría ser, desde luego, bastante mayor, si no fuesen tan innecesariamente altos los umbrales financieros fijados por la legislación actual, ya que está técnicamente demostrado - que en las plazas como Madrid, Barcelona o Bilbao podrían desenvolverse con seguridad y holgura los bancos sin capitales tan cuantiosos como se les exigen. En cuanto al régimen de "expansión bancaria", o sea, de apertura de oficinas y sucursales por los establecimientos en activo, es obligado reconocer que los progresos han sido notables, especialmente para la banca regional y local, aunque ésta se queje, sin mayor fundamento, de los planes anuales de expansión preparados por el Consejo Superior Bancario y aprobados por el Ministerio de Hacienda favorecen sistemáticamente a los grandes bancos nacionales.

La limitación del número de Consejos bancarios y de consejos societarios en general simultáneamente ocupables por una persona física ha sido, en cambio, una medida más aparatosa que efectiva, ya que siempre encuentra un Banco medios eficaces y por añadidura más discretos, de entenderse con otro, aparte de que el sistema de sanciones resulta inoperante por su suavidad. Lo único que cabe anotar en el - activo de la Ley de Incompatibilidades, además de haber - atraído la atención de los medios financieros sobre el problema de la acumulación de cargos, es que ha reducido, aunque no suprimido, la facilidad, mejor dicho la comodidad, del concierto entre entidades distintas, si bien no sabemos hasta qué punto es menos peligroso un concierto semiclandestino, a través de unos testaferros, que un acuerdo público y declara-

dadero objetivo de la reforma, que era luchar contra el "pluriempleo" directorial, se ha quedado a mitad de camino, puesto que subsiste la posibilidad de que un individuo acumule cargos (aunque menos que antes), dispersando su esfuerzo y atención.

En cuanto a la nueva normativa sobre limitación del crédito otorgable a una empresa o grupo de empresas, se inscribe totalmente en la línea de los ordenamientos modernos (legislación americana, Tratado de la CECA), y lo único que cabe decir aquí es que debe entrar en aplicación cuanto antes.

No falta, por último, quien, acerca del régimen de fusiones, regatea la eficacia del control vigente, aduciendo el número presuntamente excesivos de amalgamas registradas desde la guerra civil. Se recuerda con tono alarmista -- que de 1941 a 1966 el Banco HISPANOAMERICANO absorbió 10 establecimientos, BANESTO 25, CENTRAL 14, el de VIZCAYA 5, el de SANTANDER 9 y el de BILBAO 15, y que el proceso de compra de los pequeños, sobre todo los familiares de ámbito local, por los grandes institutos nacionales, continúa a buen ritmo (363). Efectivamente, en los últimos años se ha registrado la deglución por el BANCO DE SANTANDER de los bancos catalanes de FOMENTO DE GERONA, JAUDENES BARCENAS, MATARO e INDUSTRIAL DE BARCELONA, y en 1970, del madrileño CONTINENTAL; la absorción por el BANCO DE BILBAO de los Bancos ASTURIANO (Gijón), CASTELLANO (Valladolid), LA CORUÑA y de IRUN; la absorción, asimismo, del BANCO DE ARAGON por el CENTRAL y, por fin, la compra por éste de todas las acciones del BANCO NOGUEIRA, de Orense, y de los negocios bancarios de CREDITO Y

---

(363) Cfr. JUAN MUÑOZ, op.cit., cuadro de la pág. 65, tomado de JESUS PRADOS ARRARTE y CUESTA GARRIGOS, "Las fuentes de financiación de la Banca en España", Edit. Moneda y Crédito, MADRID, 1968, pág. 4.



LOCKS, de Barcelona, así como del noventa por ciento del capital del Banco de CANARIAS. Asimismo citemos la compra por el HISPANOAMERICANO, mediante oferta pública, de todas las acciones del BANCO DE GIJON y la absorción del BANCO DE BURGOS por el MERCANTIL E INDUSTRIAL (BAMI), que poseía ya, de todos modos, el capital íntegro de aquél. Se vuelve, por lo demás, a hablar del proyecto de fusión entre CENTRAL e HISPANOAMERICANO, idea que, de realizarse, daría origen al primer banco nacional, con notable diferencia sobre BANESTO. Ahora bien, sin negar significación a estos episodios, es elemental puntualizar:

- primero, que en su mayoría, salvo excepciones como el BANCO DE ARAGON y, en menor medida, el CONTINENTAL, los establecimientos absorbidos son modestos y de ámbito local;
- segundo, que una buena parte de ellos estaban ya afiliados o vinculados a los absorbentes;
- tercero, que la participación de los clásicos "Cinco Grandes" (BANESTO, BILBAO, VIZCAYA, CENTRAL e HISPANOAMERICANO) en el total del negocio bancario nacional tiende más bien a bajar que a incrementarse en los últimos diez años, ya que aumentan más deprisa los depósitos en los bancos medianos (lo cual es, por otra parte, bastante natural, teniendo en cuenta que es más fácil lograr crecimientos proporcionalmente altos sobre una base relativamente baja). Véase, en efecto, el siguiente cuadro:

Porcentaje de los Cinco Grandes sobre el negocio bancario

Año	Depós.	Créditos	Cartera- efectos	Cartera- títulos	Recursos propios
1961...	62,5	57,6	67,5	60,5	51,9
1962...	60,9	57,6	65,8	59,7	51,1
1965...	58,1	53,3	62,6	55,0	48,5

(Cfr. JOAQUIN DE PABLO TORRENTE, ¿Monopolio o minifundio?, - Actualidad Económica, núm. 696, págs. 7-17 (17 de julio de 1971))

1968.....	55,8.....	49,3.....	58,0.....	56,0,.,.,.	49,8...
1969.....	54,8.....	47,2.....	58,5.....	51,4.....	49,8...
1970.....	56,3.....	49,6.....	58,1.....	56,9.....	49,2...

- cuarto, y en cierto modo, causa y explicación de lo antecedente, que precisamente desde hace una década han progresado hasta ponerse casi a la altura del quinteto tradicional, otros dos establecimientos, no tan antiguo como ellos, el Banco de Santander (fundado en 1857) y otro más bien joven, el Popular Español, de tal modo que ya no son cinco, sino siete, los componentes del "pelotón de cabeza"; es más, los estudios actuales hablan de los "Diez", englobando a los Bancos Exterior de España, Urquijo y Pastor, a pesar de que el último es un Banco regional gallego (perteneciente al grupo BARRIE DE LA MAZA) y señalan que otro establecimiento, el Banco Ibérico, del grupo FIERRO, se va acercando a ellos, y por fin

-quinto, que el ayuntamiento de institutos de dimensión nacional tropieza, no sólo con los problemas técnicos, laborales y de otro tipo inherentes a toda amalgama de alto bordo, sino también con escollos fiscales prácticamente insalvables si se interpretan restrictivamente las normas especiales de beneficios a la concentración, como demostró hace años (vide supra, Capít. IV) el proyecto frustrado de fusión entre el Central y el Hispanoamericano.

Por lo demás, el sistema bancario stricto sensu se enfrenta a una fortísima competencia de las Cajas de Ahorro, las cuales atraen masas aumentativas de ahorro de las clases medias y jornaleras y funcionan como bancos en muchos aspectos, hasta el punto de que los grandes institutos nacionales montan ya sus propias Cajas de Ahorro. No olvidemos tampoco la concurrencia de la Caja Postal de Ahorros. En realidad, es en otros puntos donde cabe discernir una restricción sistemática, legalizada, institucionalizada, por así decir, de las posibilidades de competencia, a saber, en la -

limitación de los tipos de interés pagaderos a los depositantes, según la clase de cuenta de que se trate, y en la consiguiente prohibición de que el banco abone "extra tipos" al cliente (aunque bastantes lo hacen bajo capa), con lo cual se elimina uno de los más eficaces incentivos para atraer clientela; ahora bien, se trata de una medida virtualmente universal, inspirada fundamentalmente en el temor del Estado a no encontrar suscriptores de la Deuda Pública en el mercado de dinero, si consiente que la banca privada brinde tipos de interés más altos.

En conclusión, si bien con la reserva de monta, aunque no decisiva, del exagerado nivel de recursos iniciales exigido por la ley para que un banco pueda instalarse en las plazas de gran demografía, entendemos que, en conjunto, la actual ordenación bancaria, primer ensayo de liberalización después de veintidós años de numerus clausus, constituye un paso activo y un precedente saludable para una eventual política de estructura empresarial. Es más, creemos preferible en un país como España, cuyas empresas atraviesan un período de readaptación como no habían conocido jamás, ir poco a poco, avanzar gradualmente y no a saltos. En suma, parodiando a los fabianos, que postulaban en la Inglaterra finisecular la vía reformista y no violenta como única solución al problema social, afirmamos la "inevitabilidad de lo gradual" (the inevitability of gradualness).

c) Reformas concretas que se proponen.

Distingamos varios planos: en primer término, la publicidad registral de la concentración, menesterosa inexcusablemente de refuerzo, ampliando los supuestos de registro obligatorio, y reformando, de paso, para hacerla más precisa, la definición del concepto de "mercado nacional", que en la práctica no resulta tan fácil de interpretar; en -

segundo lugar, la introducción de una publicidad forense, es decir, de un trámite especial de vista pública ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el consiguiente informe de éste, en casos de especial trascendencia, a ejemplo de la legislación alemana; en tercer lugar, el fortalecimiento de los órganos de defensa de la competencia en el seno de las dependencias idóneas para atribución de beneficios fiscales a las amalgamas de empresas; en cuarto lugar, la concesión a la autoridad fiscal, previo dictamen que debería, a nuestro juicio, emanar del Tribunal de Defensa de la Competencia, de facultades de negativa de trato fiscal de exención a las participaciones accionarias entre empresas competidoras o entre empresas clientes o proveedoras la una de la otra, cuando esas participaciones supongan una restricción importante de la competencia y no estén justificadas por el interés económico general, y, por fin, atribución de medidas, si bien limitadas, de carácter prohibitivo a la jurisdicción especial para cierto tipo o forma de concentraciones que se consideren perjudiciales para la igualdad efectiva de oportunidades de competencia.

De lo que antecede, se deduce bien a las claras el signo y alcance de nuestras sugerencias: no pretendemos una reforma radical, que creemos imprudente, más aun temeraria, en la situación presente de nuestra economía, sino la mejora paulatina y discreta del sistema vigente, a fin de que cumpla mejor que hasta ahora (!y falta está haciendo!) su papel de guía, advertencia y aviso a las empresas y de orientación o referencia para la jurisdicción específicamente encargada de velar por la competencia. Claro es que las proposiciones moderadas no suelen seducir, no ejercen atractivo psicológico ni mental; es mucho más brillante postular un cambio revolucionario, una subversión del sistema establecido, pero nosotros nos atenemos en esto, como en muchos otros

terrenos, al sabio proverbio francés de que "lo mejor es enemigo", y pasemos ya a anunciar una por una nuestras propuestas de lege ferenda.

a') Refuerzo del régimen actual de inscripción registral.--Ante todo, como ya adelantamos, convendría precisar la noción de "mercado nacional" a que se refiere el párr. 7 del artíc. 21, ya que el Servicio de Defensa de la Competencia no deja de encontrar dificultades con ocasión de las fusiones entre empresas importantes de sectores determinados para aquilatar si verdaderamente cabe, en relación con ellas, conjeturar que dominan el treinta por ciento del mercado nacional. La primera dificultad surge del hecho de que, por definición, el mercado de un país no está constituido exactamente por el volumen de la producción nacional o interior, ya que esa producción no suele coincidir con la oferta efectiva del artículo dentro del territorio, por dos razones a cuál más meridiana: primera, que una parte de la producción normalmente se exporta o sea, se envía a otros "mercados"; segunda, que aun en el supuesto de que no haya exportación, lo normal será que haya importaciones, que vienen a engrosar la oferta en el mercado propio del país. Sólo, pues, en la hipótesis de una economía rigurosamente autárquica se daría coincidencia exacta entre producción doméstica y oferta nacional. La segunda dificultad es que a menudo una parte no desdeñable de la producción nacional es consumida directamente, internamente, por el propio fabricante o productor; es lo que se conoce técnicamente como "autoconsumo". ¿Cómo calificar esta parte que, rigurosamente hablando, no entra en el mercado, puesto que no se ofrece ni se vende a nadie? En sentido estricto, parece que la porción objeto de autoconsumo no debe computarse como parte del mercado nacional; ahora bien, desde el punto de vista de la estructura económica real del sector, la respuesta no es tan clara, pues, en definitiva, ese volumen no deja de ser

tes como los demandantes, a la hora de negociar el precio del artículo, aparte de que en un momento dado puede ocurrir que el fabricante se decida a poner ese volumen en venta. Ejemplo reciente es la absorción, en el verano de 1971, de Fabricación Española de Fibras Artificiales, S.A. (FEFASA) por la Empresa Nacional de Celulosas, S.A., perteneciente al INI. Fundamentalmente se trata de una integración vertical, ya que FEFASA se dedica, sobre todo, a utilizar celulosa como materia prima para obtener fibras, mientras que la absorbente no produce fibras; sin embargo, como FEFASA tiene también producción propia, aunque reducida, de celulosa, se planteaba la interrogante de si procedía la inscripción. Pues bien, ha sido determinante para el Servicio de Defensa de la Competencia el hecho de que, anén de las importaciones, por cierto voluminosas (casi medio millón de toneladas al año), existe una cantidad de pasta de papel producida en bosques propios y consumida interiormente por grandes empresas papeleras del país, como PAPELERA ESPAÑOLA, S.A., el grupo SARRIO, TORRAS HOSTENCH, PAPELERA DEL CEGAMA, PAPELERA DEL ORIA, etc., cantidad que casi iguala a las seiscientas mil toneladas producidas anualmente por las dos protagonistas. Efectivamente, si se computa, como el Servicio ha considerado conveniente, toda la celulosa obtenida por las papeleras y autoconsumidas está claro que FEFASA y la Empresa Nacional de Celulosa no llegan al treinta por ciento del mercado español; sí lo alcanzan, en cambio, si se deja fuera la cantidad de referencia y únicamente se cuentan las importaciones. El Servicio ha estimado que esa masa de celulosa autoconsumida es un factor que, invisiblemente si se quiere, pero no por eso menos eficazmente, gravita e influye en las transacciones entre grandes oferentes y clientes principales, ya que supone

un elemento de disuasión en manos de los segundos (generalmente grandes papeleras) frente a toda veleidad alcista de los primeros.

Por lo que antecede, consideramos que cabría añadir un inciso al párrafo 7 especificando que por "mercado nacional" se entiende la suma de producción interior más importaciones, pero sólo las liberalizadas, restando las exportaciones.

Igualmente convendría introducir la obligación de inscribir las amalgamas entre firmas productoras de artículos directamente sustitutivos o ligados por relación directa de factor a producto, cuando entre las protagonistas alcancen o rebasen el treinta por ciento del mercado nacional de uno, al menos, de esos artículos; en otros términos, postulamos la extensión a las amalgamas horizontales en sentido amplio, o conglomeradas de primer grado, y a las verticales, del deber de registro establecido para las horizontales. A la propuesta se le podrá reprochar heterodoxia respecto a los precedentes de derecho comparado, pero nos permitimos señalar que mayor herejía han sido desde la óptica estricta del derecho de la competencia, la reforma alemana de 1965 y la ley inglesa del mismo año, que obligan, según lo dicho, a inscribir toda concentración de cierta envergadura, sea cual fuere el porcentaje que suponga del mercado nacional, y aunque sus protagonistas se dediquen a ramas de producción absolutamente distintas. En cambio, nuestra sugerión se mantiene en la perspectiva clásica del poder de las empresas sobre un mercado concreto o sobre mercados íntimamente relacionados, no del poder en abstracto sobre el conjunto de la economía.

b') Modificación del título actual del Registro..- Habiendo impugnado el error psicológico y técnico de llevar las con-

tamos que en el párr. 7 se diga "Registro especial de concen-  
traciones de empresas" o simplemente "Registro especial", en  
lugar de "Registro definitivo", con lo cual el párr. 7 empe-  
zaría así: "Deberán inscribirse en un Registro especial y pú-  
blico, en el plazo de un mes a partir de su conclusión, todos  
los acuerdos de concentración de empresas, siempre que...

c') Inclusión de nuevos supuestos registrables.

Recomendamos la adición de dos hipótesis de inscripción obli-  
gatoria: la comunidad de consejeros o administradores, que se  
recogería en un nuevo apartado e), y la participación de toda  
persona o empresa, pública o privada, individual o societaria,  
en el veinticinco, por ciento, por lo menos, del capital de  
una firma A, productora de un artículo determinado, si la par-  
ticipante es ya propietaria o al mismo tiempo adquiere otro  
25%, como mínimo, de una segunda entidad B, fabricante del mis-  
mo artículo o de un sustitutivo, siempre que la suma de lo  
vendido por A y B suponga el treinta por ciento del mercado

Si leemos con atención la redacción actual, adverti-  
mos que el caso no ha sido tenido en cuenta por el legislador,  
el cual únicamente se ha fijado en la circunstancia de que la  
propia A quien participe en su rival B, sin considerar siquie-  
ra la eventualidad de una restricción de la competencia a tra-  
vés de un dueño o socio dominante común. La cuestión no es, a  
nuestro entender, baladí ni se reduce al plano de lo especu-  
lativo, pues recientemente se ha dado en nuestra industria  
naval el hecho descrito, al adquirir el INI el 55% de las  
acciones de ASTANO (vide supra, pág. 385), siendo ya el INI  
socio fundador y mayoritario de ASTILLEROS ESPAÑOLES. Pues  
bien, con arreglo al actual artíc. 21, la adquisición no es  
registrable, a pesar de que a través del INI se concentra en  
un solo grupo bastante más del treinta por ciento de la capa-



idad de botadura de los astilleros nacionales. ¿Por qué? sencillamente porque el INI en sí, como tal persona jurídica, no es empresario de construcción naval sino simple holding paraestatal en cuya cartera de títulos figuran, entre otros tantos, las acciones o parte de las acciones de ciertas firmas constructoras de buques. La laguna es consecuencia, en realidad, de que el legislador español ha copiado incompletamente la ley alemana, ya que, si bien ha transcrito de modo virtualmente íntegro la enumeración de supuestos registrables del artíc. 23 de la GWB, ha omitido previamente, a diferencia del texto germano, puntualizar que si la empresa adquirente o participante forma parte de un grupo ("konzern" en la terminología de la GWB), se computarán tanto sus ventas como las ventas de los demás miembros del grupo para estimar la proporción que éste abastece del mercado doméstico. Ahora bien, la razón fundamental de la omisión reside allende el derecho de defensa de la competencia: radica pura y simplemente en que el derecho de sociedades mercantiles en nuestro país aún no ha reconocido expresamente la figura del "grupo". Por eso, lo que en el texto alemán únicamente deja fuera de regulación (y es también una laguna) la hipótesis de restricción de la competencia entre dos sociedades, como consecuencia de <sup>que</sup> una persona física, y no otra sociedad, sea socio dominante de las dos, en la ley española abre una amplia brecha por donde escapa incluso la compañía que sea al mismo tiempo socio dominante (en el caso límite, socio único) de dos firmas competidoras.

d') Audiencia pública en el Tribunal para concentraciones "dominantes". - Inspirándonos en el art. 24 de la GWB, sugerimos un párr. 9, según el cual, cuando una operación inscribible suponga formación de un núcleo dominante del mercado nacional, el Tribunal de Defensa de la Competen-

El Servicio de Defensa de la Competencia debería, en el plazo de un mes desde la inscripción, poner los hechos en conocimiento del Tribunal, el cual podría, si lo juzga conveniente, convocar a las empresas o personas partícipes, así como a sus competidores y clientes y a los Sindicatos Nacionales del ramo, para que expongan ante el Pleno sus razones en pro o en contra de la amalgama, desde el punto de vista de la libertad efectiva de competencia. Terminada la audiencia, el Tribunal debería publicar en el plazo de un mes un informe que dictaminaría razonadamente si la operación pone o no en peligro la libre emulación y equilibrio de fuerzas del mercado, y en caso afirmativo, elevaría al Gobierno propuesta de las medidas que, sin afectar al acto consumado, fueren susceptibles de contrarrestar la posición dominante así creada, incluyendo modificaciones en el régimen de contingentes o aranceles de importación (a semejanza del ordenamiento canadiense).

e') Presencia oficial del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comisión Informadora sobre Concentración de empresas.— Se trata de consagrar en la letra de la Ley lo que es ya realidad, a saber que la vocalía correspondiente al Ministerio de Comercio en la citada Comisión, dependiente, como se dijo (Capít. IV), sea desempeñada de iure y no de facto (gracias a una acertada decisión interna de la Subsecretaría de Comercio) por el Director del Servicio, tanto más cuanto que la propia Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 y el Decreto de 27 de julio del mismo año subordinan el otorgamiento de las bonificaciones a la inexistencia de monopolio. ¿Quién estará más capacitado ratione materiae que el Director del Servicio para determinar si la operación presenta o no cariz monopolístico? De hecho, los informes del Director en diversos expedientes de grandes

integraciones han sido decisivos en la atribución de los beneficios solicitados, ya que la Comisión se basó fundamentalmente en el dictamen favorable de aquél, pero no basta, repetimos, la situación actual, que es meramente fáctica, pues lo que una simple Orden comunicada hizo años atrás, otra lo puede deshacer mañana. Hace falta, como se dice en Ciencia Política, "institucionalizar la práctica" o, como se dice en Francia, "faire passer les faits dans le droit". Se propone, pues, modificar el Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre, en el sentido de que donde se habla de la Vocalía del Ministerio de Comercio se diga "el Director del Servicio de Defensa de la Competencia".

f') Modificación del criterio de "no monopolio".— Lo anterior nos lleva a plantear una cuestión de fondo y no de mera forma. Hemos dicho que se subordina a la no existencia o, mejor dicho, a la no creación de un monopolio y además a la condición de que el ayuntamiento beneficie a la economía nacional, la concesión de los beneficios tributarios, pero este precepto, si bien desmiente la especie de que no se ha esbozado criterio alguno en España para salvaguardia de la competencia, se ha quedado prácticamente en letra muerta, entorpecido por su simplismo conceptual. Monopolio significa, efectivamente, "un solo vendedor" con arreglo a su etimología griega, lo cual implica, correctamente pensando, y perdónesenos la aparente perogrullada, que para negar las bonificaciones fiscales a empresas que se han concentrado habría que demostrar que no queda en el país otro oferente y, a sensu contrario, que basta la subsistencia de otro, por pequeño que sea, para que la Administración no pueda moralmente oponerse a la exención. Se dirá que el Ministerio de Hacienda tiene siempre la posibilidad

tra ella no se da recurso alguno, mas no por eso deja la Ley de 11 de junio de 1964 de imponer un vínculo o pie forzado moral. El mismo espíritu de equidad dicta la obligación en conciencia de dictaminar positivamente todo proyecto integrador que no aboque a la unificación total y absoluta de la oferta nacional, pues de lo contrario la Comisión se enfrentaría al problema, teóricamente insoluble y en la práctica muy espinoso, de marcar el límite entre las concentraciones tolearables y las no aceptables, a menos, claro es, que se dicten normas de orientación que, al estilo de las "guidelines" norteamericanas, interpreten la palabra monopolio como porcentaje mayoritario, y no necesariamente totalidad, de la oferta interior. Esta solución, en la que no creemos que nadie haya pensado, tendría ciertamente la ventaja de eliminar el peligro de discriminación entre las firmas solicitantes y las incertidumbres de interpretación, pero no sería satisfactoria, pues dejaría en pie el reparo de por qué el monopolio se va a fijar en el ochenta u ochenta y cinco por ciento del mercado, cuando en puridad es el cien por cien. Ni se nos invoque la manoseada e incongruente expresión "grado de monopolio", tan de moda entre economistas del exterior y de intramuros, pues es tan lógica y adecuada como hablar, por ejemplo, del grado de unicidad o totalidad.

Convendría, pues, que el artículo 107 de la Ley de 11 de junio de 1964 y las disposiciones dictadas para su aplicación se modifiquen sustituyendo la palabra "monopolio" por la expresión "nacimiento de una posición dominante del mercado, a menos que sea condición indispensable para el progreso técnico o el enfrentamiento a la competencia internacional". Ciertamente se nos podría reprochar que la noción "dominio del mercado" es, conceptualmente hablando, bastante ambigua, mucho más incluso que la de monopolio, a lo cual re

Ley de 20 de julio de 1963, texto básico en la materia, dice "posición de dominio" y no "monopolio", más vale atenerse a esta terminología; segundo, que con la sustitución que postulamos es precisamente como se logra la máxima eficacia preventiva de la norma, ya que el monopolio se deshace automáticamente con la presencia de un segundo oferente por pequeño que sea, mientras que no deja de haber dominio del mercado porque al lado de la firma prepotente subsistan varias resignadas a sufrir su hegemonía y operar en el margen que aquélla les conceda. Por lo demás, entendemos que no siendo el monopolio ni el dominio del mercado hechos malos en sí, antes bien estando a veces justificados por imperativos tecnológicos o comerciales, conviene matizar la exclusión un tanto simplista que decreta el texto en vigor.

g') Fuerza de presunción de práctica restrictiva a las conexiones de empresas.— Es quizá la medida más tajante de cuantas sugerimos, no sin conciencia de su alcance procesal: intercalar en el artículo 22 de la Ley 110/1963, al final del párrafo 3, un inciso concebido más o menos así: — cuando en un expediente incoado a tenor del presente artículo (o sea por existencia de prácticas presuntamente ilícitas) se compruebe que una o varias empresas imponen a sus clientes condiciones de precio, calidad, plazo de entrega o garantía de calidad análogas entre sí y a la vez notoriamente distintas de las normales en un mercado de libre competencia, y — que existen entre esas firmas nexos del tipo especificado en el párrafo 7 del artículo 21, se presumirá, salvo prueba en contrario aportada por las empresas en cuestión, que se ha infringido el artículo primero de la presente Ley (relativo a conductas colusivas o conscientemente paralelas). En otras palabras, se trata de invertir el principio general del onus probandi, según el cual "la prueba incumbe al que acusa, no

te caso a las empresas demandadas la prueba de su inocencia, lo cual puede nuevamente parecer anómalo e injusto, aunque no constituye, ni mucho menos, una novedad en la órbita no estrictamente penal. Citemos, a título de ejemplo, que, según el vigente Código de Comercio (artículos 889 y 890), se cierne la presunción de quiebra fraudulenta sobre el comerciante que no lleve libros de comercio o no los lleve con arreglo a los requisitos precisos del Código.

h') Penalización fiscal de ciertos supuestos de participaciones accionarias.— Sugerimos la introducción de una nueva figura o clase de expedientes para el caso de que el Servicio de Defensa de la Competencia sospeche fundadamente que la adquisición por una empresa de parte del capital de una competidora o de una cliente o proveedora importante es susceptible de menar la libertad efectiva de la competencia, a menos que la firma adquirente demuestre que se trata de un paso preparatorio de una fusión total inspirada o impuesta por móviles de racionalización técnica o de adaptación a la competencia internacional. En todo caso, y previa audiencia de las firmas protagonistas, el expediente se elevaría, con informe del Servicio, al Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual, tras la sustanciación del procedimiento con arreglo a los trámites ordinarios de su Reglamento, dictaría fallo en el sentido de que efectivamente se da peligro de restricción de la competencia o de que, por el contrario, no se da. En la primera hipótesis, el fallo se comunicaría al Ministerio de Hacienda, con la oportuna propuesta de que dejara sin efecto el régimen especial que prevé el texto refundido del Impuesto de Sociedades para los dividendos de la empresa participante procedentes de la sociedad participada. En otras palabras, lo que proponemos es que en el supuesto de que el Tribunal advierta peligro para la libertad real de transacción,

sugerir al Ministerio de Hacienda que no otorgue a la empresa compradora de la participación la exención limitada del Impuesto de Sociedades a que se refiere el vigente Texto refundido del mismo (B.O.E. de 18 de marzo de 1968), en su artículo 58, párr.1. Recomendamos, en consecuencia, la añadidura al artíc. 21 de un nuevo párrafo 10, con el texto que más adelante especificamos.

d) Texto articulado de las propuestas.-

He aquí la transcripción, por orden de articulado de la Ley 110/1963, de las sugerencias que anteceden (subrayamos lo modificado o lo que es nuevo):

"Artículo 21.- De los Registros de Prácticas Restrictivas y de Concentración de Empresas.

1.- ..... sin variación.

2.- ..... id. id.

3.- ..... id. id.

4.- ..... id. id.

5.- ..... id. id.

6.- ..... id. id.

7.- Deberán inscribirse en un Registro especial y público de Concentración de Empresas, en el plazo de un mes desde su conclusión definitiva, todos los acuerdos de concentración, siempre que, como consecuencia de ellos, las empresas partícipes pasen a controlar el treinta por ciento del mercado nacional en un determinado producto o servicio o en productos o servicios directamente sustitutivos o que sean los unos factores directos de obtención del otro o de los demás, o cuando una de las empresas partícipes de la concentración controle desde antes dicho porcentaje del mercado. Se entiende por mercado nacional, a los efectos del presente párrafo, la suma de producción interior más importaciones liberalizadas, deducidas las exportaciones".

A los efectos del párrafo anterior, se considerarán con-

centraciones de empresas:

- a) (sin variación).- Las fusiones de empresas.
- b) (sin cambio).- Las adquisiciones de fábricas, talleres y otros activos pertenecientes a otras empresas.
- c) (igual).- Los contratos de cesión de explotación y los contratos de dirección de explotación que se refieran a fábricas, talleres y otras instalaciones industriales o comerciales pertenecientes a otras empresas.
- d) (igual).- La adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones por sí solas o sumadas a otras ya en poder de la misma empresa o de otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración, permitan alcanzar el veinticinco por ciento del capital con derecho a voto.

(nuevo) Igualmente se inscribirá la adquisición de participación societaria superior al veinticinco por ciento cuando la persona o empresa adquirente posea ya otro tanto, por lo menos, en otra firma productora del mismo artículo u ofe ente del mismo servicio, o de artículos o servicios directamente sustitutivos o de productos o servicios que sean ora factor de obtención ora resultado industrial de lo fabricado u ofrecido por la primera empresa.

-e) (nuevo).- La presencia simultánea en el Consejo de Administración u órgano directivo equivalente o en un puesto rector, de una misma persona, excepto en el caso de que una de las firmas donde figure ese directivo sea ya titular del diez por ciento, por lo menos, del capital de la otra o de las demás.

8.- Están sujetos a la obligación de solicitar la inscripción en el Registro las empresas y las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas que participen en el acuerdo o decisión, o en cuyo seno surja la conexión de consejeros o directivos, El cumplimiento de dicha obligación por parte de uno de los



obligados exonera a los demás.

9 (nuevo).-- En el supuesto de que una operación comprendida en alguno de los apartados a) al e) del párrafo 7 dé lugar a una posición de dominio del mercado nacional, en el sentido del artículo 2º de esta Ley, deberá el Servicio de Defensa de la Competencia, en el plazo de un mes desde la inscripción registral, poner el caso en conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual oirá en Pleno a las empresas partícipes, así como a sus competidores y clientes y proveedores y a los respectivos Sindicatos Nacionales, para que todos ellos expongan en audiencia pública sus razones respectivas en pro o en contra de la concentración efectuada, en cuanto a sus posibles efectos sobre la libertad e igualdad de oportunidades competitivas. Terminada la audiencia, el Tribunal publicará en el plazo de un mes un informe o memoria que, después de analizar los argumentos alegados, dictaminará si la operación pone o no en peligro la libertad de competencia, y en caso afirmativo elevará al Gobierno propuesta razonada de las medidas que, sin afectar al acto consumado, sean susceptibles de contrarrestar la posición de dominio creada, tales como rebaja de derechos arancelarios, supresión de contingentes de importación, licencia para la instalación de empresas competidoras, creación de una empresa pública rival u otras de efecto análogo:

10 (nuevo ).-- Cuando una empresa adquiriera participación en el capital de una firma competidora, proveedora o cliente suya o fabricante de productos o artículos directamente sustitutivos, y el Servicio de Defensa de la Competencia estime que la operación es susceptible de mermar la libertad efectiva de competencia, instruirá expediente, previa audiencia de las firmas en cuestión, y lo elevará al Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual, tras sustanciar el caso con arreglo a los trámites ordinarios previstos por su Reglamento, -

de restricción grave e injustificada de la competencia; segundo, que hay peligro de restricción grave, pero impuesta por imperativos de racionalización técnica o de lucha frente a competidores extranjeros, y tercero, que hay peligro de restricción y que ésta no parece justificada por las razones indicadas. En la tercera hipótesis el Tribunal comunicará el dictamen al Ministerio de Hacienda, al cual podrá recomendar la conveniencia de dejar sin efecto, por lo que a la empresa se refiere, el régimen fiscal específico a que se refiere el artículo 58, párr. 1. del vigente texto refundido del Impuesto sobre Renta de las Sociedades'. El Ministerio de Hacienda resolverá discrecionalmente lo que juzgue oportuno".

### SECCION TERCERA.

#### Procedimiento del Servicio

##### Artículo 22.

1.- .... (igual).

2.- .... (sin variación).

3.- En la instrucción del expediente, el Servicio realizará las indagaciones necesarias y oirá a los presuntos infractores de la ley, y, en su caso, al peticionario que instó la instrucción. Unos y otros podrán aportar los documentos y proponer la práctica de las pruebas que, siendo pertinentes y admisibles, consideren oportunas para la mejor defensa de sus intereses y actuación (hasta aquí, igual).

(nuevo).- Cuando en un expediente incoado con arreglo al presente artículo, se compruebe que una o varias empresas imponen a sus clientes condiciones de precio, calidad, plazo de entrega, garantía u otros aspectos, notoriamente distintas de las normales en un mercado de libre competencia y que existen entre dichas firmas vínculos del tipo especificado en los apartados a) al e) del párrafo 7 del artículo 21, se pre-

cuestión, que se ha infringido el artículo primero de la presente Ley".

4.- ..... (igual).

Hasta aquí, las modificaciones deseables a la Ley de 20 de julio de 1963. Cabría imaginar también una serie de enmiendas y adiciones a los Reglamentos del Servicio y del Tribunal, como consecuencia precisamente de las novedades sugeridas, pero no creemos indispensable detenernos en ellas, aparte de que serían detalles de poca trascendencia en comparación al esquema procesal vigente.

Veamos ahora las modificaciones posibles de nuestra legislación fiscal:

Ley de 11 de junio de 1964, sobre Reforma del Sistema Tributario.

"Artículo 107.- 1. El Ministerio de Hacienda, previo informe de la Organización Sindical, dictará las normas reguladoras de la concesión de la exención del Impuesto de Sociedades, respecto de las plusvalías a que pueda dar lugar la concentración o integración de empresas agrícolas, industriales o comerciales, siempre que la concentración o integración (hasta aquí, igual) no dé origen a una posición dominante del mercado nacional, a menos que la operación sea condición indispensable para el progreso técnico o el enfrentamiento a la competencia internacional".

Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre, sobre procedimiento para la obtención de los beneficios fiscales a la concentración de empresas.

Artículo 12.- "El Ministerio de Hacienda, previo informe de la Organización Sindical, podrá conceder los beneficios fiscales previstos en el artículo 135 de la Ley de 26 de diciembre de 1957, en los artículos 107 y 146, apartado 58, de la Ley 41/1964, de 11 de junio, y en los artículos 11 y 12 del Decre

to-Ley 6/1966, de 3 de octubre, a los actos y operaciones de concentración o integración de las Empresas agrarias, industriales y comerciales que no den origen a una posición de dominio del mercado nacional, en el sentido del artículo 2º de la Ley 110/1963, de 20 de julio, a menos que esa posición dominante sea consecuencia indispensable de urgentes imperativos de racionalización técnica o financiera o de adaptación a la competencia internacional".

.....

"Artículo 12.-1. Las propuestas de resolución de los expedientes se formularán por la Comisión Informadora de Concentración de Empresas, que estará constituida por el Subsecretario de Hacienda, como Presidente; por el Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda, como Vicepresidente, y como Vocales, por un representante de cada uno de los Ministerios de Industria y Agricultura y por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia en nombre del Ministerio de Comercio, y otro de cada una de las Direcciones Generales de lo Contencioso del Estado, de Impuestos y de Aduanas".

#### 5.- Conclusiones.

De lo explanado se deducen las siguientes consecuencias:

Primera.- La industria y el comercio españoles se encuentran sumidos en un proceso radical de transformación de estructuras, impuesto por la incesante y aumentativa integración internacional de la economía doméstica a partir del Plan de Estabilización de 1959 y más aún desde el acuerdo especial de España con la Comunidad Económica Europea en 1970. La entrada del Reino Unido de Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca e Irlanda en el Mercado Común el 22 de enero de 1972, con lo que la Europa de los Seis se convierte en Europa de los Diez, supone acontecimiento determinante en la aceleración de este

proceso.

Segunda.- Uno de los rasgos característicos y, por desgracia, negativos de nuestra estructura económica, y también de naciones más adelantadas, es la insuficiencia de la dimensión media empresarial frente a las constantes y costosas innovaciones tecnológicas y a la competencia internacional. No se trata exactamente, como dicen algunos con notorio simplismo y desconocimiento de la cuestión, de que la inmensa mayoría de nuestras firmas sean pequeñas y cuenten menos de cinco trabajadores; esto es cierto, pero es lo de menos, por la sencilla razón de que en todas partes, empezando por los mismos Estados Unidos, es y tiene que ser así, en todo sistema de economía privada, del mismo modo que en cualquier comunidad humana los grandes son siempre una minoría y no la masa. Lo grave es que las principales firmas de cada sector, salvo meritorias excepciones (astilleros, refino de petróleo, energía eléctrica, siderurgia, bancos, algunos productos químicos, cervezas, gaseosas), y más aun el grupo de las empresas medianas, están lejos de alcanzar lo que en Teoría Económica se denomina "óptimo técnico"; sobra minifundio y falta "clase media acomodada" en nuestra estructura industrial, más lo segundo que lo primero. Naturalmente esto va directamente ligado al grado de desarrollo económico, como se ha demostrado empíricamente en todo el mundo; a mayor desarrollo y adelanto, más dimensión fabril y financiera. Por eso el problema se irá resolviendo, se va resolviendo ya, paulatinamente a compás de la evolución misma del conjunto nacional, mas no por eso queda el Estado exento de la obligación de impulsar y acelerar las mutaciones de estructura indispensables.

Tercera.- Parelela y simultáneamente, se observan, por lo demás igual que en todos los países de economía capitalista, - importantes vínculos o nexos de participación accionaria y

comunidad de directivos entre grandes empresas, a veces entre sociedades que son competidoras, al menos en teoría, por pertenecer al mismo ramo fabril. Esto implica una sorprendente coexistencia de atomización y conexión como facetas de la industria nacional en la etapa actual intermedia entre el subdesarrollo y el pleno desarrollo.

Cuarta..- Frente a la situación descrita en la conclusión segunda, el Estado trata de reaccionar de modo análogo a la política de naciones industrialmente más avanzadas, pero no por eso menos temerosas de la lucha internacional por los mercados internacionales, a saber, fomentando, estimulando la concentración mediante fusiones, absorciones, transferencias de activos a sociedades mayores. Los medios son variados: fundamentalmente se emplean los incentivos fiscales, que más propiamente son regímenes especiales destinados a eliminar el obstáculo que supondría aplicar pura y simplemente el régimen ordinario. También se utiliza el crédito oficial para renovación de maquinaria y otros fines. Por fin, a través de la empresa pública, es decir del INI, que controla un porcentaje no despreciable de la industria básica, se acelera el proceso cuando se comprueba que la iniciativa privada no responde con el ritmo deseable a las indicaciones de la Administración. - Más concretamente, parece como si, imitando a los Gobiernos francés, italiano e inglés (y al propio Gobierno alemán, por mucho que alardee de liberalismo económico), el Gobierno español adoptara el oligopolio como forma óptima de organización de los mercados básicos en la industria.

Quinto..- La legislación española de competencia no va ni puede, lógicamente, ir contra la concentración, como declara en su preámbulo la propia Ley 110/1963, de 20 de julio, a la vista de los precedentes expuestos. Por eso se limita, y es un acierto, ya que se trata de un paso inédito en España y en el resto de Europa continental, salvo Alemania, a exigir la inscrip-

supongan un porcentaje alto, exactamente el treinta por ciento, del mercado nacional de un artículo o servicio determinado, precepto inspirado casi literalmente en la Ley alemana de Cárteles de 1957. La finalidad del ordenamiento nacional, materializado en el párrafo 7 del artículo 21 de la citada Ley, es doble: informativa para el público y el mundo empresarial, así como la propia Administración, y hasta cierto punto administrativa para las empresas concentradas, en el sentido de que con la inscripción obligatoria, el legislador les da a entender que se cierne sobre ellas la atención del Estado y de que su conducta será en todo momento objeto de atención vigilante. En realidad, los siete años largos de vida de la jurisdicción especial de la competencia y de funcionamiento del Registro han demostrado que la primera finalidad no se ha cumplido en absoluto, por lo que al público se refiere, ya que nadie hasta ahora se ha dignado consultar los asientos de concentración; en cambio, la segunda finalidad sí se ha logrado hasta cierto punto, a juzgar por la mal disimulada desconfianza con que buen número de grandes firmas concentradas han abordado el trámite de inscripción.

Sexta.- Creemos haber demostrado que, en el estadio actual de su desenvolvimiento económico y a la vista de la experiencia extranjera, España no puede permitirse el lujo de un control preventivo de amalgamas, cosa que sólo algunas naciones supercapitalistas se han atrevido a implantar, y aun así con toda suerte de matices y reservas. Es más, opinamos que ni siquiera sería prudente facultar a la Administración para disolver concentraciones ya consumadas presuntamente perjudiciales para la libertad de competencia, pues medidas de esa índole infundirían temor y recelo en los círculos inversores que alimentan con su ahorro el progreso industrial del país. Más

a las amalgamas indeseables, por ejemplo, negándoles beneficios fiscales o ventajas de crédito oficial barato, que oponerse frontalmente a ellas.

Séptima.— Dicho esto, hay que reconocer que, desde el punto de vista técnico, la legislación vigente es perfectible en todas sus facetas. Es deseable, por ejemplo, ampliar los supuestos de inscripción obligatoria, incluyendo las concentraciones verticales y las semihorizontales (o sea, entre empresas productoras de artículos directamente sustituibles entre sí), y extender el deber de registro a las comunidades de consejeros o directivos. Por otra parte, hace falta definir con más rigor científico lo que se entiende por mercado nacional, noción que, por su aparente sencillez, se da por sobreentendida y que, en realidad, exige puntualización. Es asimismo aconsejable dar mayores atribuciones al Tribunal de Defensa de la Competencia en punto a concentraciones, otorgándole el poder de convocar a debate público a las firmas participantes de una amalgama que suponga peligro de posición dominante no justificada por necesidades tecnológicas o financieras o por la estrategia del comercio internacional. De este modo, se faculta al Tribunal para infligir una sanción moral, no desprovistas de eficacia, a las integraciones no deseables para el orden público económico. Igualmente hemos propuesto que el Tribunal tenga el poder de formular recomendaciones al Gobierno para que adopte las medidas de remedio o contrapeso que juzgue procedentes, pero sin disolver ni derogar lo ya consumado, pues esto sería de un efecto psicológico muy desfavorable en el clima moral de nuestra industria.

Octava.— Ahora bien, lo más significativo de nuestras sugerencias es, seguramente, el cambio o más bien la redefinición de los criterios empleados por la legislación fiscal y la consagración del Servicio de Defensa de la Competencia como



ciones de la Comisión Informadora. Efectivamente se subordina la concesión de las bonificaciones tributarias a que la amalgama no lleve aparejada la formación de "una posición de dominio del mercado" (no hace falta que sea un "monopolio" absoluto, como dice la normativa actual) no justificada ineudiblemente por exigencias de racionalización técnica, reorganización financiera o preparación para la lucha en el comercio internacional, con lo cual se confiere un sentido condicional al instrumento más eficaz de que dispone hoy por hoy en España la política de fomento de la integración. Que se amalgamen enhorabuena las empresas, pero que lo hagan con respeto a los imperativos del orden público económico, no simplemente por afán de gigantismo o por eliminar la competencia.

Novena.- La presunción de conducta o comportamiento colusivo que sugerimos para el caso de prácticas o condiciones distintas de las normales en régimen de mercado libre y competitivo cuando las empresas autoras estén vinculadas por nexos de participación accionaria o por comunidad de consejeros o directivos es, ciertamente, una medida fuerte, quizá draconiana, en las circunstancias actuales de nuestra economía, pero no carece, ni mucho menos, de precedentes en otras ramas del derecho, y precisamente en las del derecho de la economía, precedentes de los que nadie se ha escandalizado. En cierto modo, la propuesta resume e ilustra la actitud política que postulamos: sí a las amalgamas necesarias, no a las conexiones de intención meramente colusiva; en otras palabras, sí a la refundición, no a la confabulación.

Décima.- Por último teniendo en cuenta, según lo dicho y reiterado, la improcedencia de control alguno vinculante, ni a priori ni a posteriori, en el estado actual de nuestro desarrollo, preferimos el sistema de libertad vigilada y respon-

mutandis, a la del padre de familia que no puede prohibir a sus hijos jóvenes que salgan de casa a divertirse, porque - sabe que sería contraproducente, pero que exige saber adónde van y con quién se juntan. Pues bien, ése es el sentido del régimen de inscripción registral y de las demás medidas que postulamos, régimen tanto más razonable, incluso diríamos necesario, cuanto que, en el fondo, es el ya implantado universalmente en materia de sociedades mercantiles y de matriculación de comerciantes. En otras palabras, si se reconoce como lógico y elemental que los Códigos de Comercio obliguen a todo comerciante o industrial, grande o chico, individual o corporativo, a matricularse con una serie de datos fideginos, de cuya falsedad o insuficiencia se le hace responsable, más congruente aun debe ser que, en nombre del orden público de la economía nacional, el Estado imponga a las firmas punteras y dominantes la publicidad especial de sus amalgamas. Lo que es ilógico, aunque frecuente aún, teniendo en cuenta la concepción privatista hasta hace poco reinante en el derecho económico, es la situación contraria, o sea, que por un lado, los comerciantes y empresarios tengan que inscribirse y luego que llevar detallados libros de contabilidad, así como notificar cualquier aumento o reducción de capital, por nimio que sea, y que en cambio, tres o cuatro o muchas corporaciones gigantes que domian toda una parcela de la industria de un país puedan integrarse sin más requisitos que una simple escritura notarial.

Por lo demás, si en un momento dado el Estado español considerase necesario tomar medidas coactivas en punto a concentración empresarial, por ejemplo instaurar un control preventivo, no le haría falta ir a buscar modelos foráneos, aunque nunca esté de más estudiar la experiencia ajena; le bastaría inspirarse en la vigente legislación bancaria.



INDICE DEL VOLUMEN II (PARTE ESPECIAL)

=

PAGS.

CAPITULO V

LA CONCENTRACION EN EL DERECHO ANTITRUST DE LOS

ESTADOS UNIDOS

1.- Los antecedentes económicos: la edad heroica del capitalismo americano. . . . .	7
2.- Los antecedentes del moderno derecho antimonopolio: el Common Law. . . . .	9
-a) El principio "ultra vires" como argumento judicial contra la concentración. . . . .	10
-b) La "restricción del comercio" como criterio legal contra la concentración. . . . .	12
-c) Ineficacia de la jurisprudencia tradicional. . . . .	15
-d) El "trust" como forma dominante de concentración industrial y financiera. . . . .	16
3.- La Ley SHERMAN: la "Carta Magna" de un nuevo derecho económico. . . . .	22
4.- La aplicación de la Ley SHERMAN: vicisitudes y resultados. . . . .	31
-a) Los primeros trece años: inercia administrativa, conservadurismo judicial, vorágine concentradora. . . . .	32
-b) El despertar de la Administración antitrust: De ROOSEVELT a WILSON (1901-1914). . . . .	45
-c) Consecuencias de la "regla de razón" en la aplicación de la Ley SHERMAN: la "inmunidad judicial" de grandes fusiones.....	67

5.- La Ley CLAYTON de 1914: el principio de la prohibición específica. . . . .	73
-a) Antecedentes inmediatos: propuestas de regulación legal de las corporaciones - principales. . . . .	74
-b) Elaboración de la Ley CLAYTON en el Congreso. . . . .	78
-c) Texto definitivo de la Ley en materia de concentración. Análisis de su significado . .	84
-e) El mecanismo procesal de la Ley CLAYTON: las "cuatro vías". . . . .	92
6.- La Comisión Federal de Comercio como poder administrativo especial. . . . .	94
-a) Naturaleza y composición. . . . .	95
-b) Cometido y facultades de la Comisión . . . .	97
7.- La aplicación del artículo séptimo de la Ley CLAYTON hasta 1950: vicisitudes e insuficiencias. . . . .	101.
-a) Los primeros años de la Comisión: interpretación restrictiva de las prohibiciones legales. . . . .	103
-b) Interpretación de los Tribunales. . . . .	117
-c) De 1930 a 1950: inhibición procesal, reformismo legislativo. . . . .	135
8.- Administración de la Ley CLAYTON por otros órganos y dependencias. . . . .	151
-a) El Departamento de Justicia como "Fiscal" del artículo séptimo. . . . .	152
-b) Los sectores especiales: regulación autoritaria versus libre competencia. . . . .	154

nes de 1914 a 1950. . . . .	170
10.- La reforma del artíco.7º de la Ley CLAYTON. . . . .	183
-a) Antecedentes inmediatos: Guerra Mundial y colosalismo. . . . .	183
-b) Política <u>antitrust</u> de la postguerra. . . . .	186
-c) La Ley CELLER-KEFAUVER de 1950: comple- mento y reforma. . . . .	192
11.- La aplicación de la Ley CELLER-KEFAUVER. . . . .	208
-a) La "cruzada" contra las concentraciones colosistas. . . . .	208
-b) El desarrollo de la consulta previa. . . . .	216
-c) La jurisprudencia de la Ley CELLER-KEFAUVER. . . . .	219
-d) Las reglas orientadoras( <u>guidelines</u> ) de las agencias federales. . . . .	280
12.- Las industrias "reguladas" y el derecho de fusio- nes a partir de 1950. . . . .	294
-a) El derecho de fusiones bancarias. . . . .	295
-b) Otro sector especial: el gas natural. . . . .	326
-c) Los transportes terrestres: <u>exención par-</u> cial del ordenamiento <u>antitrust</u> . . . . .	332
13.- Las conexiones de <u>cargos directivos</u> : evolu- ción y situación actual. . . . .	335
14.- Balance de la política <u>antitrust</u> y de la con- centración económica en las dos últimas décadas. . . . .	344
-a) La evolución de las operaciones concen- tradoras desde la Segunda Guerra Mundial. . . . .	344
-b) Balance provisional de la política an- tifusionista. . . . .	357
15.- Conclusiones. . . . .	364

EL REGIMEN LEGAL DE CONCENTRACION EN LOS ORDENAMIENTOSDE PATRON NORTEAMERICANO: JAPON Y CANADA.

373

A) JAPON

373

1) Estructura económica del Japón al término de la Segunda Guerra Mundial: el capitalismo senifeudal

de las "zaibatsu". . . . . 373

-a) Factores históricos. . . . . 373

-b) Estructura de los grupos empresariales. . . 378

-c) El poder y comportamiento de los grupos en la economía japonesa. . . . . 381

2) Política económica de la ocupación: "democratización" de estructuras y desmantelamiento de los grupos dominantes. . . . . 387

-a) Formulación de los objetivos. . . . . 388

-b) Disolución de los grupos dominantes . . . . 400

-c) La liquidación político-económica de las personalidades directivas. . . . . 415

-d) La "desconcentración" técnica de las empresas principales. . . . . 425

-e) La Ley antimonopolio. . . . . 441

3) Liquidación de la política de reformas. . . . . 449

-a) Las modificaciones legislativas de 1949-1950. . . . . 449

-b) La gran reforma de 1953. . . . . 453

-c) Exposición de la normativa vigente en punto a concentración empresarial . . . . . 457

4) Aplicación de la Ley Antimonopolio por la Comisión de Lícito Comercio. . . . . 465

5) Balance provisional. . . . . 477

-a) La política concentradora del Gobierno. . . 478

-b) La concentración en la postguerra. . . . . 479

-c) <u>Juicio del grado de eficacia de la política anti-monopolio.</u>	490
6.- Conclusiones.	492
B) CANADA.	498
1) Desarrollo histórico de la legislación canadiense en defensa de la competencia.	498
2) El derecho positivo vigente: la fusión como figura delictiva específica.	504
-a) Concepto legal y régimen jurídico de la fusión.	504
-b) Régimen penal de las fusiones ilícitas.	506
-c) El mecanismo procesal: de la investigación a la sentencia.	507
3) La jurisprudencia canadiense de fusiones.	514
-a) A nivel judicial.	515
-b) A nivel del Director de Investigación.	523
-c) Conclusión.	524
4) La administración ordinaria de la Ley y sus resultados.	524
-a) Investigaciones individuales.	525
-b) El asesoramiento a las empresas: política de "puerta abierta".	528
-c) El registro de fusiones.	529
-d) Una originalidad canadiense: el arancel de Aduanas como arma antimonopolio.	530
-e) Estudio general de la concentración económica desde 1945.	531
5) Recientes propuestas de reforma legislativa.	533
6) Régimen de los sectores "regulados".	534
7) Conclusiones.	535



CAPITULO VII

LOS ORDENAMIENTOS DEL CONTINENTE EUROPEO

1.- Clasificación. . . . .	539
2.- Los sistemas de control previo. . . . .	540
A) La Comunidad Europea del Carbón y del Acero(CECA)	540
-a) Concepto y regulación de las concentra-	
ciones en el Tratado de París. . . . .	542
-b) El desarrollo del Tratado por los	
Reglamentos ejecutivos. . . . .	550
-c) La jurisprudencia de la CECA en materia	
de amalgamas. . . . .	556
-d) Conclusiones y balance provisional . . .	574
B) Gran Bretaña.	578
-a) La economía inglesa hasta la Segunda	
Guerra Mundial: el régimen de libertad. . .	578
-b) La Ley de Monopolios y Fusiones de 1965.	584
-c) La aplicación de la Ley de Monopolios	
y Fusiones. . . . .	620
-d) Conclusiones . . . . .	657
3.- Los sistemas de notificación obligatoria. . . . .	662
República Federal Alemana. . . . .	662
-a) Antecedentes históricos y legisla-	
tivos de la Ley en vigor . . . . .	663
-b) La política desconcentradora de las	
potencias de ocupación. . . . .	667
-c) El régimen vigente: análisis de sus	
antecedentes y características. . . . .	675
-d) Los proyectos actuales de introducción	
del control gubernativo. . . . .	703
-e) Conclusiones. . . . .	749

4) Un caso especial: La Comunidad Económica Europea. . . . .	751
-a) El problema de la concentración de empresas según el Ejecutivo de la Comunidad. . . . .	751
-b) Jurisprudencia comunitaria en materia de amalgamas: el caso "Europe Emballage". . . . .	771
-c) La concentración empresarial en el Mercado Común. . . . .	782
-d) Conclusiones. . . . .	786

## CAPITULO VIII

LA CONCENTRACION EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA	789
1.- El sistema registral de la Ley de 20 de julio de 1963. . . . .	789
-a) Antecedentes políticos y económicos. . . . .	789
-b) El proyecto gubernamental: elaboración y contenido. . . . .	792
-c) El texto definitivo: exposición y crítica. . . . .	799
-d) El desarrollo reglamentario. . . . .	803
2.- Aplicación del Registro de Concentraciones: sus resultados. . . . .	811
3.- La concentración en España a partir del Plan de Estabilización. . . . .	820
-a) Bosquejo de la estructura actual. . . . .	821
-b) La concentración desde el Plan de Estabilización. . . . .	825
-c) Política oficial de concentración. . . . .	831
4.- Bases para un posible régimen jurídico de la concentración en el ordenamiento de la competencia. . . . .	836
-a) Líneas de orientación deseable del régimen propuesto. . . . .	837
-b) Un precedente útil: la legislación bancaria. . . . .	841

-c) Reformas concretas que se proponen. . . . .	856
-d) Texto articulado de las propuestas. . . . .	868
5.- Conclusiones. . . . .	873

-----○-----